Deutschrechtliche Arbeiten

von

Dr. Carl Alexander von Duhn,
Richter im Obergerichte zu Lübeck.

Deutschrechtliche Arbeiten

von

Dr. Carl Alexander von Duhn,
Richter im Obergerichte zu Lübeck.

Abhandlungen über das Immobiliarsachenrecht und die Geschichte der Reception des Römischen Rechts.

Lübeck.
Verlag von Rudolf Seelig.
1877.

Vorwort.

Die zur Ausarbeitung eines deutschen Gesetzbuches vom Bundesrathe erwählte Commission erkundigt sich natürlich aller Orten nach dem bestehenden Rechte. In Betreff des Immobiliarsachenrechts hatte man ihr von Lübeck aus die darauf bezüglichen Gesetze geschickt. Diese jedoch enthalten fast nur formelle Vorschriften über die Führung der Stadtbücher und setzen die Kenntniß des geltenden materiellen Rechts bei ihren Lesern voraus. Literarische Hülfsmittel, wodurch man zur Kenntniß dieses Rechts gelangen könne, ergeben sich daraus als ein Bedürfniß, welches im Januar v. J. eine aus Berlin an den Verfasser dieser Zeilen gelangte Anfrage nach dergleichen Hülfsmitteln veranlaßte. Bei dem Zustande unserer heimischen Rechtsliteratur konnte er diese Anfrage nur durch Hinweisung auf gelegentliche Aeußerungen in den Abhandlungen von Pauli und Cropp, und auf die Analogie des verwandten Hamburgischen Rechts, welches in Baumeister einen so trefflichen Bearbeiter gefunden hat, beantworten.

Bald nachher zeigte die Entscheidung eines hiesigen Rechtsfalles über eine Servitut, daß jenes Bedürfniß auch für die heimischen Juristen besteht, und daß die rechtliche Sicherheit hiesiger Grundeigenthümer und Pfandgläubiger durch die praktische Geltendmachung von Ansichten leidet, deren Unrichtigkeit sich aus einem Blicke auf die geschichtliche Entwickelung des in den Hansestädten geltenden Immobiliarsachenrechts ergeben dürfte. Da dieses wesentlich auf deutscher Grundlage beruht, in dem gedachten Rechtsfalle aber die von dem Reichskammergerichte im 16. Jahrhunderte aufgestellte Theorie, wonach „für die volle Reception des Römischen „Rechts überall die Vermuthung streiten" soll, als auf das Lübeckische Immobiliarsachenrecht anwendbar angesehen worden ist, so gilt es zugleich, die Existenzbefugniß des heimischen Rechts nachzuweisen. Obgleich nun jene reichskammergerichtliche Theorie des 16. Jahrhunderts schon

seit dem 17. Jahrhunderte von vielen sehr namhaften Theoretikern des gemeinen Rechts als unrichtig anerkannt worden ist, kann wegen der neuerdings hervorgehobenen Ungewißheit der örtlichen und systematischen Grenzen, innerhalb deren die fremden Rechte als recipirt anzusehen seien, die Vertheidigung des heimischen Rechts gegen einen solchen theoretischen Anachronismus doch nicht blos durch die Hinweisung auf seine schon aus den Grundsätzen des heutigen gemeinen Rechts hervorgehende Verkehrtheit geschehen, sondern fordert nothwendig einen Blick auf die Geschichte der Reception in dem betreffenden Gebiete und der betreffenden Rechtsmaterie.

So sind die beiden ersten Abhandlungen entstanden, bei deren Beurtheilung die Herren Germanisten nachsichtsvoll erwägen mögen, daß ihr Verfasser eben nur ein alter Praktiker ist, welcher einen Streifzug auf ihr Gebiet unternommen hat, zur Vertheidigung des Rechts seiner Vaterstadt gegen eine schädliche Verunstaltung desselben durch romanistische Grundsätze. Ist das heimische Recht auch seiner Form nach partikularistisch, so ist sein Inhalt doch ein deutscher, und seine Erforschung, wie seine Vertheidigung, sonach für den Juristen eine vaterländische Aufgabe auch in weiterer und weitester Bedeutung. Da sich das deutsche Recht überall gerade in partikularer Form erhalten hat, so gilt es in unseren Tagen, gerade dieser sich geistig zu bemächtigen, wenn wir nicht durch die Einheit des Rechts den deutschen Charakter seines Inhalts verlieren wollen.

Die schuldige Rücksicht auf das höchste Gericht, dessen Aussprüche in den beiden ersten Abhandlungen bekämpft werden mußten, und die Achtung vor der wissenschaftlichen Wahrheit, um derentwillen das nothwendig war, fordert übrigens von dem Unterzeichneten das offene Geständniß, daß auch die von ihm zu verantwortende Begründung des Urtheils **zweiter** Instanz, welches, obwohl in der Decisive richtig, von dem höchsten Gerichte durch das in der Note 114 (S. 48—49) erwähnte Erkenntniß umgestoßen ist, — den Forderungen wissenschaftlicher Correctheit keinesweges entsprach. Der den älteren einheimischen Praktikern und als Grundlage des Realcredits auch den nicht juristisch gebildeten Geschäftsleuten in Lübeck geläufige Grundsatz, **daß der Erwerber eines Grundstücks nach dessen Zuschrift unbekannte Lasten desselben nicht anzuerkennen braucht**, war in der Anwendung auf Servituten bisher nicht literarisch bearbeitet worden. In Ermangelung einer bezüglichen wissenschaftlichen Darlegung des einheimischen Rechts ward daher den für die Geltung der beanspruchten Servitut aus dem Römischen Rechte entnommenen Argumenten vom Obergerichte der Gedanke entgegengestellt, daß, **wenn** die Reception des Römischen Rechts für diese Materie in Lübeck sich nachweisen ließe, dessen Consequenzen

selbst darauf führen würden, die Servituten eben so zu beurtheilen, wie das Eigenthum selbst. *) — Diese Art der Begründung hat denn in dritter Instanz darauf geführt, aus den Entscheidungsgründen des Obergerichts die Behauptung herauszulesen: „daß eine Realservitut nach „Lübeckischem Recht nicht durch formlosen Vertrag, sondern nur durch „Auflassung, beziehungsweise Eintragung in das Oberstadtbuch gültig „errichtet werden könne.“ Die Widerlegung einer solchen Behauptung war um so leichter, als es ja nach den deutschrechtlichen Grundsätzen von der rechten Gewere, aus welchen das heutige Grundbuchrecht hervorgegangen ist, für die Wirkung einer Grundgerechtigkeit gegen spätere Erwerber des dienenden Grundstücks überhaupt nicht sowohl auf die Errichtung der Servitut, welche nach Römischer Denkweise das allein entscheidende Moment bildet, als vielmehr darauf ankommt, daß die Servitut geschützt sei gegen die vernichtende Kraft, welche die Umschrift eines Grundstücks auf alle unbekannten dinglichen Ansprüche an dieses Grundstück ausübt. Solche reinigende Wirkung der Umschrift ist ja auch gerade der Punkt im Grundbuchrechte, von welchem der Vortheil, den dasselbe durch Sicherung des Realcredits der Volkswirthschaft gewährt, wesentlich abhängt, in welchem also die geschichtlichen Wurzeln des Grundbuchrechts mit den Forderungen, die das praktische Geschäftsleben an dasselbe zu stellen hat, sich berühren. Bringt man die allgemeine Rechtsregel, daß alle Rechte nur um des rechtlichen Interesses willen und nicht aus bloßer Chikane geltend zu machen sind, damit in Verbindung, wie schon das Preußische Landrecht (§. 16—18, 22, I) gethan hat, so verschwinden als irrelevant alle Einwendungen, welche man gegen die Geltung der vernichtenden Kraft als obersten Princips aus der Schwierigkeit der Eintragung aller kleinen für den Werth des dienenden Grundstücks nicht in Betracht kommenden Servituten hat ziehen wollen, wie das Beispiel Bremens (S. 41—46) dies deutlich erkennen läßt.

Der sich hieraus ergebende Gedanke, daß für die dingliche Wirkung einer Servitut die Erkennbarkeit derselben als solcher für den neuen Erwerber des dienenden Grundstücks wichtiger ist, als die Form ihrer Errichtung, wird nun allerdings durch analoge Herbeiziehung der Grundsätze des Römischen Rechts über gleichartige Form der Begründung von

*) Demselben Gedanken hatte, wie dem Verfasser später bekannt geworden ist, schon 1824 die Heidelberger Fakultät Ausdruck gegeben in den bei Emminghaus (Pandekten des Sächsischen Rechts S. 128, Nr. 108) mitgetheilten Worten: „Servitut„bestellungen sind theilweise Veräußerungen des Eigenthums. Es ist consequente „Fortbildung unseres Rechtes, wenn wir annehmen, daß jene Rechtsacte, welche das „Eigenthum im Ganzen übertragen, auch auf die theilweise Veräußerung des Eigen„thums anzuwenden sind.“

Eigenthums- und Servitut-Rechten insofern verdunkelt, als dadurch auf die Errichtung ein ganz ungehöriges Gewicht gelegt wird, ein Gewicht, welches wohl gar dahin führen kann, den späteren Besitzern gegenüber auf die in Ermangelung der Eintragung bezüglicher Urkunden für sie ganz irrelevanten Absichten der ersten Begründer der Servitut zurückzukomman, wie das ja die Consequenz der romanistischen Anschauung allerdings mit sich bringt.

Es war sonach, zumal das Römische Recht in die Frage nach der dinglichen Wirkung von Rechten auf dem Gebiete des deutschen Grundbuchsystems gar nicht hinein gehört, die Herbeiziehung einer Analogie desselben eine verwirrende Incorrectheit, was der Verfasser, dem sie zur Last fällt, hiermit öffentlich einzugestehen um so mehr für seine Pflicht hält, als die Erkenntniß dieses Fehlers auch für Andere von Nutzen sein kann. Sie kann dazu dienen, allerseits klar zu machen, daß die Frage nach der nothwendigen oder nicht nothwendigen Eintragung von Servituten weniger für die Begründung des Rechts, als für seine Wirksamkeit „im Verhältniß zu jedem Nachfolger im Eigenthum und zu „den Inhabern dinglicher Rechte" in Betracht kommt, wie das der Lübeckische Gesetz-Entwurf von 1868 in §. 60 (S. 53 dieses Bändchens) ausgesprochen hat.

Unter Nr. III ist ein von dem Verfasser in amtlichem Auftrage geschriebener Bericht wieder abgedruckt, theils weil die erste Abhandlung (in §. 15) sich darauf beziehen mußte, theils weil die neueste legislatorische Gestaltung des Lübeckischen Hypothekenrechts durch ihn motivirt worden ist, theils endlich, weil die darin enthaltene Vergleichung des in Hamburg und Lübeck geltenden Hypothekenrechts mit dem Bremischen und Mecklenburgischen für demnächstige legislatorische Berathungen über diesen Gegenstand nicht blos in Lübeck von Interesse sein dürfte.

Es bleibt mir nur noch übrig, dem alten würdigen Herrn Oberappellationsrath Dr. Pauli für die von ihm gütigst übernommene prüfende Durchsicht des Manuscripts meinen herzlichen Dank zu sagen.

Lübeck, 9. März 1877.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Abhandlung I.

Grundlage des Immobiliarsachenrechts der Hansestädte, mit besonderer Rücksicht auf die Servituten.

§. 1. Aeußere Verwandtschaft der Quellen des Stadtbuchrechts von Lübeck und Hamburg.

Als gesetzliche Grundlage der Autorität des Oberen Stadtbuches ist in Lübeck allgemein der Art. 1 Tit. 6 Lib. V des Stadtrechts von 1586 anerkannt, auf dessen Wortlaut man unten zurückkommen wird. Um, von diesem Artikel ausgehend, die theoretische Grundlage des Lübischen Stadtbuchrechts und dessen, auch äußere, Verwandtschaft mit dem Hamburgischen nachzuweisen, sollen hier die bezüglichen Artikel des älteren Stadtrechts und deren Quellen im Hamburgischen Rechte hervorgehoben, auch bei den einzelnen Artikeln die Stellen in den Werken neuerer Germanisten gezeigt werden, wo dieselben vorkommen.

In systematischem Zusammenhange mit obigem Artikel steht der Art. 3 Tit. 6 Lib. III, welcher von Beseler[1]) und Gerber[2]) als Belegstelle bei der Lehre von der rechten Gewere an Immobilien angeführt wird.

Dieser Art. 3, 6, III stammt nach der Concordanztafel V bei Hach aus Cod. III, 248 und Cod. II, 34, welcher letztere wieder mit Cod. I, 78[3]) harmonirt.

Für Cod. III, 248 verweist die Concordanztafel II bei Hach auch auf I, 6 des Hamburger Stadtrechts von 1270, zu dessen Abkömmlingen auch Art. 1, 6, V des revidirten Lübecker Stadtrechts gehört. Für diesen nämlich verweist die Concordanztafel V bei Hach auf Cod. III, 327,

---

[1]) Vergl. Beseler, System des deutschen Privatrechts §. 89 Note 8.

[2]) Vergl. Gerber, System des deutschen Privatrechts §. 101 Note 7.

[3]) Angeführt von Stobbe in dem Artikel: Gewere in Ersch und Gruber's Allgemeiner Encyclopädie der Wissenschaften. Section I, Thl. LXV, S. 471, Note 123, S. 474, Sp. 1.

der nach der Concordanztafel II auf VII, 2[4]) des Hamburger Stadtrechts von 1270 zurückzuführen ist. Dieser ist nach Lappenberg (Hamburg, Rechtsalterthümer I, S. 39) reproducirt in II, 8, 7 des Hamburger Stadtrechts von 1603. Von Gries (Commentar zum Hamb. Stadtrecht I, S. 247) aber werden I, 30, 3, II, 6, 14 und II, 8, 7 des Hamburger Stadtrechts von 1603 sämmtlich zurückgeführt auf I, 6 des Hamburger Stadtrechts von 1270[5]) als auf ihre gemeinschaftliche Quelle, deren Consequenz nur in einer einzelnen selbstverständlichen Anwendung in VII, 2 des Hamburger Stadtrechts von 1270 hervortritt. Bei I, 30, 3 des Hamburger Stadtrechts von 1603 verweist Gries (l. c. I, 114) auf V, 6, 1 des Rev. Lüb. Rechts, und zwar vor Erwähnung der älteren hamburgischen Quellen. Weshalb er diese Rangordnung beobachtet hat, zeigt sich bei einer Vergleichung des Wortlauts beider Artikel, die hier durch Gegenüberstellung erleichtert werden mag.

Lüb. Stadtrecht von 1586, V, 6, 1.	Hamb. Stadtrecht von 1603, I, 30, 3.
Wird etwas in des Raths Oberstes Stadt-Buch geschrieben, und solches würde in Jahr und Tag nicht angefochten, so kan darauff künftig niemand einige Einrede thun, es wäre denn, daß derjenige, welcher daran interessiret, außerhalb Landes gewesen, der wird a tempore scientiae innerhalb Jahr und Tag billig zugelassen.	Was vor dem Rathe in offener Audientz, an Erb und Eigen, Hauptstul und Rente, verlassen, und in dieser Stadt Erbe- oder Rente-Buch geschrieben, und in Jahr und Tag nicht angefochten, und davon unter des Secretarii Hand ein Extract im Gerichte vorgeleget wird; dagegen kann niemand einige Einrede thun: es wäre denn derjenige, welcher daran interessiret, außerhalb Landes gewesen. Der wird von der Zeit an, daß er solches erfahren, innerhalb Jahres und Tages billig zugelassen: die Zeit aber seiner erlangten Wissenschaft soll er, auf des Gegentheils Begehren, mit seinem Eide erhalten.

[4]) Citirt bei von Bar, Beweisurtheil S. 208 in Betreff der rechten Gewere bei Immobilien, und ebenso von Stobbe in Ihering's Jahrbüchern Bd. XII, S. 206, Note 189, wo auch der Lübeckische Art. 327 des Cod. III vorkommt.

[5]) Für die Lehre von der rechten Gewere an Immobilien verwerthet von Stobbe bei Ersch und Gruber l. c. S. 473, Sp. 2 und bei Ihering l. c. S. 206, Note 187 und S. 209, Note 197. Ferner in derselben Richtung bei von Bar l. c. S. 214, 215, Note 396, S. 217. — Auch im Auszuge abgedruckt in Kraut's Grundriß. 5. Asgbe. S. 173 Nr. 74.

Man erkennt aus dieser Gegenüberstellung folgenden Gang der äußeren Rechtsgeschichte. — Das materiell in beiden Städten gleiche, zuerst in Hamburg niederdeutsch formulirte Recht hat man zuerst in Lübeck 1586 aus den älteren niederdeutschen Statuten hochdeutsch in Art. 1 Tit. 6 Lib. V formulirt und sodann hat man 1603 in Hamburg diese hochdeutschen Lübeckischen Worte in Art. 3 Tit. 30 Pars I. des dortigen Rechts aufgenommen.

Beide Artikel gleichen sich auch in Betreff der Stellung, welche ihnen im System der beiden Stadtrechte angewiesen ist. Das fünfte Buch des Lübecker Stadtrechts von 1586, wie das erste des Hamburger von 1603, beschäftigt sich mit dem Processe, und in jenem trägt der sechste Titel die Ueberschrift: „De fide instrumentorum. Von Krafft und Wirkung briefflicher Uhrkunden", während der dreißigste Titel im ersten Theile des Hamburgischen „Von Beweisung mit schriftlichen Urkunden" handelt. Man könnte hieraus folgern wollen, — und es ist in der That eine solche Behauptung mitunter vorgekommen, — daß die beiden Artikel nur processualische Bedeutung hätten. Diese Behauptung würde jedoch übersehen, daß das Institut der rechten Gewere an Immobilien allerdings in seinem Ursprunge mit dem altdeutschen Beweisrechte zusammenhängt und insofern processualische, daß es aber auch materielle Bedeutung hat.[1]) Aus dem Zusammenhange des Instituts mit dem 1586 in Lübeck und 1603 in Hamburg wohl noch nicht vergessenen altdeutschen Beweisrechte erklärt sich die dem Artikel in beiden Stadtrechten angewiesene Stellung im System, woraus aber nicht folgen kann, daß nach der Verdrängung des altdeutschen Beweisrechts durch das römisch-canonische sie nunmehr ihre Bedeutung verloren hätten. Die materielle Bedeutung der rechten Gewere an Immobilien, für welche der Artikel in beiden Städten die gesetzliche Stütze bildet, ist eben übrig geblieben und hierauf hat also sein Augenmerk zu richten, wer das Immobiliarsachenrecht der Hansestädte[2]) wissenschaftlich verstehen will.

---

[6]) Der Zusammenhang des Instituts mit dem altdeutschen Processe ist hervorgehoben von Delbrück (Zeitschrift für deutsches Recht. Bd XIV. S. 213 ff.), von Bar (Das Beweisurtheil des germanischen Processes. S. 170, 175, 216, 219—220) und Stobbe (Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. II. Abtheilung 1. 1875. S. 10, 26), welcher letztere S. 26 sagt: „Die Wirkungen der rechten Gewere sind theils processualische, theils materielle." — Vgl. Baumeister, Hamb. Privatrecht I. S. 129—130.

[7]) Während in der vorliegenden Abhandlung meist nur von dem Rechte Lübecks und Hamburgs, und blos beiläufig in Betreff der Servituten auch vom Bremischen Rechte (§. 13) die Rede ist, kann für letzteres im Uebrigen auf die §§. 7—12 des obergerichtlichen Berichts vom 14. October 1865 (Abhandlung III dieses Bandes) verwiesen werden.

I. Rechte Gewere an Immobilien als Basis des geltenden Rechts.

§. 2. Albrecht's Stellung in der Wissenschaft des deutschen Rechts.

In Stobbe's Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. II S. 426 heißt es: „Während bis zum Anfange dieses Jahrhunderts die deutsche „Jurisprudenz lediglich mit den aus dem römischen Recht entlehnten Be„griffen operirte und denselben auch die den Römern unbekannten In„stitute in oft gezwungener Weise zu unterwerfen versuchte, ist sie seit „Eichhorn und Albrecht auf dem Wege, die Alleinherrschaft der römi„schen Begriffe zu brechen und das deutsche Recht in seiner nationalen „Individualität zu entwickeln."

Auf den ersten Blick möchte man sich wundern, daß hier eine so isolirte hohe Stellung neben Eichhorn einem Manne angewiesen wird, welcher außer einigen Recensionen in seinem ganzen Leben nicht mehr hat drucken lassen, als zwei lateinische Dissertationen über das altdeutsche Beweisrecht und einen mäßigen Band (von nur 316 Seiten) über „die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts". Zur Erklärung dieses Umstandes mögen die Worte eines anderen Germanisten dienen, welcher gegen dieses Buch mehrfach gestritten, über dasselbe im Ganzen aber so sich geäußert hat: „Seit dem Erscheinen desselben ist „der Begriff dieses Rechtsinstituts der Mittelpunkt aller Forschungen über „das Privatrecht des Mittelalters geblieben und der von Albrecht zuerst „mit bewunderungswürdiger Feinheit und Consequenz durchgeführte Ver„such, das System des deutschen Rechts auf eigenthümlichen, vom Römi„schen Rechte unabhängigen Grundlagen aufzubauen, übte nicht nur „durch die geniale Art, wie er gemacht wurde, eine imponirende, den „Blick der Fachgenossen bannende Wirkung aus, sondern er war in „Wahrheit die bahnbrechende That, durch welche die germanistische „Rechtswissenschaft von der romanistischen emancipirt wurde". [8])

In dem Buche über die Gewere ist nur vom mittelalterlichen Rechte, also nicht von den neueren Hypothekenbüchern, die Rede. Ueber den geschichtlichen und systematischen Zusammenhang beider Institute aber hat Albrecht in seinen akademischen Vorlesungen Dasjenige vorgetragen, was seitdem vielfach auch von Anderen gelehrt wird. Seine Lehrweise

[8]) Vergl. Laband, in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. XV (München 1873) S. 378.

war die, daß er seinen Zuhörern ein sorgfältig ausgearbeitetes Heft langsam zu dictiren und jeden einzelnen Satz in freier Rede eingehend zu erörtern pflegte. Da der Verfasser dieser Zeilen das Glück gehabt hat, im Sommer 1837 in Göttingen diesen Vorträgen beiwohnen zu konnen, so glaubt er manchem Leser einen Gefallen zu thun, wenn er im folgenden § aus seinem genau nachgeschriebenen Collegienhefte die Worte des Meisters mittheilt.

§. 3. Albrechts Dictat über den Zusammenhang der rechten Gewere an Immobilien mit dem Buchsystem.

„§. 30. Formen der Veräußerung von Immobilien.

„Die mit dem Namen gerichtlicher Auflassung bezeichnete Form, „Rechte an Immobilien zu übertragen, geschah ursprünglich im Rechte„dinge, und bestand in einer solennen Erklärung des Veräußerers über „seine Absicht, verbunden mit symbolischen, Uebertragung andeutenden „Handlungen. Nach mehrmaliger lauter Verkündigung der Veräußerung „(Aufbieten) wirkte der Richter dem Erwerber den Frieden. „Außerwesentlich war Aufnahme einer Urkunde; aber schon frühe war „es vornehmlich in den Städten üblich, alle solche Veräußerungen, so „wie sie vorkamen, in ein großes Buch einzutragen (Kaufbuch, Stadtbuch).

„Die Wirkung bestand darin, daß der Erwerber sofort, also ohne „Tradition, das Gewere, d. h. die dingliche Klage, erhielt und gegen „die sein Recht gefährdenden Ansprüche Dritter sicher gestellt wurde, letz„teres theils durch den Grundsatz, daß, wer bei der Auflassung vor Ge„richt anwesend war und nicht sofort Einspruch that, für immer schweigen „mußte, theils durch den, daß auch die Ansprüche aller Abwesenden nach „Jahr und Tag verjährt seien. In Beziehung auf diese Sicherheit war „und hieß das Recht des Erwerbers eine rechte Gewere. In den äl„testen Quellen wird jene Handlung nach den dabei gebrauchten Sym„bolen verschieden benannt (adrhamitio, adfestucatio), im späteren „Mittelalter „„Verlassung““ oder „„Auflassung““, im südlichen Deutsch„land „„Stettigung““ oder „„Fertigung““, endlich auch noch investi„tura, ein Wort, welches ursprünglich Gewere heißt und erst per „metonymiam auch gerichtliche Auflassung bezeichnet (II. F. 2 pr.). „Diese ältere Form hat sich im heutigen Recht sehr allgemein in der „Gestalt erhalten, daß die Geschäfte vor dem judex rei sitae oder der „Gemeindeobrigkeit verlautbart und von ihm bestätigt, und sodann in „ein öffentliches Buch eingetragen (ingrossirt) werden (Auf- oder Ver„lassung, Ab- oder Anerbung, Aufgift und Wehrschaft, In„grossation, Intabulation, Insinuation, Confirmation). Da„gegen haben sich die auf Vernichtung entgegenstehender Ansprüche

„Dritter gerichteten Wirkungen der älteren Form, oder das Institut der „rechten Gewere nur äußerst selten[9]) oder in sehr beschränktem Maße „erhalten. Hiervon abgesehen, sind die Zwecke der neueren Form andere, „als im älteren Recht, und nicht durchweg dieselben; bald nämlich blos „der, daß der Staat von dem Wechsel in der Person der Besitzer von „Grundstücken in Kenntniß gesetzt werde und in den Gebühren zugleich „ein öffentliches Einkommen erhalte, — bald zugleich der, daß die Rechts„beständigkeit des Geschäfts von der Obrigkeit geprüft werde und daß „dem Erwerber aus dem Ingrossations-Buche das Dasein etwaiger „früherer Ansprüche Dritter bekannt werde. Doch kann der letzte „Zweck nur sehr unvollkommen erreicht werden, weil bei weitem nicht „alle dinglichen Rechte ingrossirt zu werden brauchen, in der Regel nur „das Eigenthum, viel seltener Pfandrechte, Servituten, Reallasten u. s. w., „und noch weniger die auf Gesetz oder Testament beruhenden dinglichen „Rechte. Die Folgen des Unterlassens der obigen Form sind in den „Gesetzen sehr verschieden bestimmt:

„1) Das Geschäft ist ganz ungültig, so daß selbst die bereits tra„dirte Sache zurück gefordert werden kann.

„2) Das Geschäft ist zwar in personam gültig, so daß daraus „namentlich auf die gerichtliche Bestätigung und Ingrossation geklagt „werden kann; aber vor derselben fehlt dem Recht des Erwerbers jede „dingliche Wirksamkeit.

„3) Selbst diese letztere besteht in einem gewissen Maße, aber ge„wisse Wirkungen hängen noch von der Form ab. So z. B. muß der „Erwerber allen (auch später) ingrossirten Rechten Dritter weichen, er „gilt im öffentlichen Verhältniß noch nicht als Eigenthümer und ist „zu gerichtlichen Verfügungen noch nicht berechtigt.

„4) Die Unterlassung der Form zieht blos eine Strafe nach sich.

„Mitunter kommen diese verschiedenen Grundsätze in einem und dem„selben Rechte neben einander vor, nämlich nach Verschiedenheit der Ver„äußerungsarten (z. B. jenachdem das Eigenthum veräußert wird, oder „Pfandrechte bestellt werden).

„Als eine vollkommenere Ausbildung dieser Form ist die Einrichtung „der neuen Hypothekenbücher zu betrachten.

„§. 31. Neue Hypothekenbücher.

„Die Idee dieser Einrichtung, die freilich nicht überall ganz con„sequent durchgeführt ist, ist die, nicht blos den hypothekarischen Gläu-

[9]) Diese seltene Erscheinung ist eben in den Hansestädten wahrzunehmen, weil sich hier mittelst der Stadtbücher und des Ausschlusses der Stadtbuchsachen von Appellationen an das Reichskammergericht das alte Recht erhalten hat. Anmerkung des Herausgebers.

„biger, sondern den Erwerber von Rechten an Immobilien überhaupt, „vor allen ihm feindlichen Ansprüchen Dritter vollkommen sicher zu stellen, „und zwar dadurch, daß er im Augenblicke des Erwerbs von allen An„sprüchen dieser Art die leichteste und zuverlässigste Kenntniß erhält. „Diesen Zweck erreicht sie durch Aufstellung des Princips, daß Alles, „was dingliche Wirksamkeit haben soll, im Hypothekenbuche ingrossirt „sein muß. Dies Princip löst sich demnach in folgende zwei auf:

„1) Ingrossation ist der einzige Entstehungsgrund dinglicher Rechte „an Immobilien. Nur solche brauchen consequenterweise nicht ingrossirt „zu werden, die Jeder ohnedies kennen muß oder leicht erkennen kann, „wie z. B. die öffentlichen auf der Sache ruhenden Lasten, diejenigen „Servituten, deren Dasein an äußeren Umständen erkannt werden kann.

„Alle Erwerbungsgründe des gemeinen Rechts (Tradition, Vertrag, „Testament, Gesetz, Ersitzung) erzeugen nur ein obligatorisches Recht, aus „welchem namentlich auf Ingrossation geklagt werden kann. Daher u. a. „giebt es nach diesem System keine gesetzlichen Hypotheken, keine privi„legirten Hypotheken; daher eine Acquisitiv-Verjährung nur gegen Den „und dessen Erben, gegen welchen sie begonnen und vollendet ist, nicht „aber gegen Dritte, wirkt.

„2) Löschung im Hypothekenbuche, d. h. ingrossirte Aufhebung, ist „der einzige gegen Dritte wirksame Aufhebungsgrund dinglicher Rechte „an Immobilien. Alle Erlöschungsgründe des gemeinen Rechts (Ver„trag, Verzicht, Zahlung, erlöschende Verjährung ꝛc.) wirken nur in „personam.

„Aus dem Obigen folgt, daß in allen Fällen, wo dritte Personen „einander gegenüber stehen, lediglich der Buchstabe des Hypothekenbuchs „entscheidet; zur Milderung dieses streng formellen Rechtssystems dienen „die sogen. Proteste oder Vermerke, d. h. vorläufige (provisorische) In„grossationen oder Löschungen, zu welchen die Interessenten befugt sind, „wenn die definitive noch aus irgend einem Grunde Anstand findet und „wodurch sie vor den Nachtheilen weiterer Ingrossationen geschützt werden.

„Der Form nach unterscheiden sich die neuen Hypothekenbücher von „den meisten alten öffentlichen Büchern vornehmlich dadurch, daß die „Eintragungen nicht blos nach chronologischer Ordnung geschehen, son„dern entweder nach Grundstücken oder nach Besitzern vertheilt werden."

§. 4. Aeußerungen anderer Germanisten über die Wirkungen der rechten Gewere.

Während Albrecht's Lehre über die Gewere im Allgemeinen der Gegenstand vielfachen gelehrten Streites gewesen ist und noch ist, herrscht

im Besonderen darüber, daß rechte Gewere an Immobilien[10]) die Sicherheit des neuen Erwerbers gegen alle unbekannten dinglichen Ansprüche, oder, was hiermit gleichbedeutend ist, gegen die nicht selbst durch eine rechte Gewere geschützten Ansprüche Dritter bewirke, eine seltene Uebereinstimmung. So sagt Planck[11]): „daß durch das Dasein einer „rechten Gewere jede fremde Ansprache an das Gut, aus welchem „Grunde sie immer erhoben werden mag, formell unzulässig, oder „wie wir jetzt sagen würden, präcludirt ist.“ So sagt von Bar[12]): „Die rechte Gewere des neuen Erwerbers gilt als unwiderleg„liche Präsumtion nicht nur für sein Recht, sondern auch dafür, daß „dieses Recht von besonderen Beschränkungen frei ist.“

Diese präcludirende Wirkung der rechten Gewere wird überhaupt von Allen anerkannt, selbst von Gerber in der Abhandlung, worin er im Allgemeinen auszuführen sucht, daß das Wort „Gewere“ gar nicht als Benennung eines Rechtsinstituts anzuerkennen sei.[13]) In eben dieser Abhandlung nämlich sagt er S. 10: „In zahlreichen Quellenstellen . . . „hat rechte gewere die Bedeutung eines Besitzrechts, welches auf ge„richtlicher Auflassung, Erbgang, oder richterlichem Urtheil beruht, und „zu seiner Vertheidigung nicht mehr der Unterstützung des auctor „(Geweren) bedarf, sondern schon durch die Hinweisung auf den unan„gefochtenen Besitz von Jahr und Tag gegen eine Klage geschützt wird.“ Der in diesen Worten ausgedrückte Gedanke, daß es der Besitz von Jahr und Tag sei, welcher die Wirkungen der rechten Gewere begründe, ist überhaupt sehr allgemein verbreitet,[14]) obwohl man gleichzeitig einräumt, daß einerseits die gerichtliche Adjudication sie ohne den Ablauf solcher Frist auf der Stelle gewähre, und andererseits der Besitz von Jahr und Tag den Abwesenden, Unmündigen und Wahnsinnigen gegenüber noch nicht schütze. Wie aber, wenn diese letzteren Grundsätze nicht bloße Ausnahmen des Prinzips wären? Wenn die präcludirende Wirkung der rechten Gewere auf einem Principe beruht, welches von der ältesten, carolingischen Zeit an bis herab auf die neuesten Hypothekengesetze als ein das deutsche Immobiliar-Sachenrecht beherrschendes anerkannt werden muß, und wenn zugleich die Fälle, welche von den Vertretern der

[10]) Vergl. Albrecht, Gewere S. 99—120.

[11]) Zeitschrift für deutsches Recht Bd. X S. 278, vergl. auch daselbst S. 280—281.

[12]) von Bar, das Beweisurtheil S. 224.

[13]) Vergl. Gerber in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge, Bd. XI S. 1—54.

[14]) Vergl. noch Delbrück in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XV S. 253, 260. Beseler, System des deutschen Privatrechts (1. Aufl.) Bd. II, S. 33. Stobbe, Handbuch II, S. 23—24, 26. Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des späteren Mittelalters, S. 285.

Verjährungstheorie als Ausnahmen solcher Theorie anerkannt werden, sich unter die Consequenzen dieses Princips einreihen lassen, so gewinnt dadurch die Lehre von der Gewere nicht nur an innerer Festigkeit, sondern auch an Fruchtbarkeit für das Verständniß des heutigen praktischen Rechts.

Laband l. c. sagt: „Wo die Quellen von rechter Gewere sprechen, „setzen sie immer den Ablauf dieser Zeit (nämlich von Jahr und Tag) „voraus; allein diese Frist ist nur die regelmäßige und gewöhnliche, auf „normale Verhältnisse berechnete. So lange eine Gewere noch nicht Jahr „und Tag bestanden hat, bezeichnete man sie nicht als rechte Gewere, „wenngleich sie möglicher Weise mit denselben Rechtsgarantien bereits „versehen sein konnte, welche die rechte Gewere auszeichnen."

Diesen Worten gegenüber vergleiche man folgende Aeußerungen der Quellen:

1) Magdeburger Fragen I, 6 Dist. 8. Wirt eyme eyn erbe vor gerichte gesaczt, der hat eyne rechte gewere doran.[15])

2) Sachsenspiegel (Landrecht) II, 42, §. 2: „Hevet aver ir en ene rechte were an deme gude jar unde dach gehat," u. s. w.

3) In dem Rechtsbuch nach Distinctionen[16]) wird der Eid Dessen, der sich durch Berufung auf rechte Gewere einem Anspruche entziehen will, dahin formulirt: daz ich dis eygen adder erbe mit sogetanen gelde — daz habe ich in myne gewer bracht mit richter unde mit scheppen, unde mit dingluten unde mit orteyln, unde habe myne fredephenninge dorobir gegeben,unde habe daz obir jor unde tag in mynen rechten gewern gehad u. s. w.

4) Landshut. Stat. v. 1423[17]): „er hab ihn dann desselben Guets „vor mit gesundtem leib in rechte Nuz und Gewer gesetzt."

Hier findet man also, im Widerspruche mit obigen Worten Laband's, die Gewere in Nr. 1 und 4 schon gleich bei ihrem Erwerbe, in Nr. 2 und 3 während des Laufs der Verjährungsfrist, als eine rechte bezeichnet. Welches Moment also machte sie dazu? welches Moment erzeugt die präclusive Wirkung der rechten Gewere? — Das ist die Oeffentlichkeit ihres Erwerbes.

---

[15]) Abgedruckt in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. XI, S. 253.

[16]) I, 43, 3. — ex edit Ortloff S. 76.

[17]) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. II, S. 322, abgedruckt bei Kraut, Grundriß. 5. Ausg., S. 296, Nr. 20.

A. Die Oeffentlichkeit des Erwerbes der Gewere als Basis der rechten Gewere und ihrer präclusiven Wirkung.

§. 5. Traditio und investitura.

In Rücksicht auf den Zusammenhang zwischen dem altdeutschen Beweisrechte und der rechten Gewere hat schon von Bar[18]) bemerkt: „daß „die eigenthümlichen Erscheinungen, welche wir bei der rechten Gewere „beobachten, nur aus der Annahme sich erklären lassen, daß jene ursprünglich nichts Anderes war, als eine besonders privilegirte Präsumtion, „welche bei dem Beweisrechte sich bildete."

Für solche Rechtsgestaltung bot schon in der carolingischen Zeit die Regel des Cap. I v. 809 c. 22 einen Anhaltspunkt: De traditionibus ut in abscondito non fiant propter contentiones diversas.[19]) In jener Zeit ist „über das gesammte Gebiet des deutschen Rechts — die „Uebung verbreitet, daß Uebertragungen von Grund und Boden durch „eine Doppelhandlung vollzogen werden, deren einer Bestandtheil als „traditio bezeichnet wird, während der andere den Namen investitura „oder vestitio trägt.[20]) Während in der traditio die Uebertragung des Veräußerers lag, stellte die durch Formeln und Symbole verschiedener Art damit verbundene, in Gegenwart von Zeugen vorgenommene investitura eine beglaubigende und bestätigende Thätigkeit der Obrigkeit dar, — eine Thätigkeit, deren hervorragende Erscheinung die traditio (Auflassung, auch traditio Germanica genannt) in manchen Urkunden so zurücktreten läßt, daß Beseler sie sogar als Ersatz derselben aufgefaßt hat, indem er sagt: „wenn der König ein Grundstück per praeceptum „übertrug, so ersetzte dieses die Auflassung. Die sehr häufig vorkommen„den Diplome, wodurch die Könige die von Privatpersonen vollzogenen „Uebertragungen bestätigten und befestigten, beruhten auf derselben An„sicht von der königlichen Gewalt, und ich glaube, daß sich aus dieser „Sitte das Friedewirken vor Gericht entwickelt hat: als es in spä„terer Zeit lästig erschien, für jeden einzelnen Fall die kaiserliche Kanzlei „in Anspruch zu nehmen, vertraten auch hier die Grafen und Voigte des „Kaisers Autorität.[21])

---

[18]) von Bar, das Beweisurtheil des germanischen Processes S. 216.
[19]) S. Kraut's Grundriß. 5. Aufl. S. 170, Nr. 34.
[20]) Vergl. Heusler, die Gewere, 1872, S. 2.
[21]) Vergl. Beseler, die Lehre von den Erbverträgen I, S. 45–46.

§. 6. Das Friedewirken.

Dieser Ansicht über die Entstehung des Friedewirkens entspricht die quellenmäßige Beschreibung solchen Verfahrens in den Ländern sächsischen Rechts: „Wen eyn eygen wert vorkouft adder vorsaczt, der sol is vor gerichte ufbieten vor gerichten unde schepphen unde vor dingkluten, unde sal om frede lasszen dorobir wercken den richter adder den froneboten mit dissen worten: hy had N vorkouft deme N, (adder vorsaczt) eyn sogetan eygen gud (welcherley daz ist, daz sol man benennen,) das bite ich uf zcu eynen male, zcum anderen, unde dritten male. Spreche denne nymant zcu der zcith dorwedder, so sprecde her vord: nu nymand weddespricht, so wercke ich hirobir gotes frede unde myns hern koninges frede (adder wer zcu deme gerichte gehore); wer hyrzcu kegenwertigk ist unde nu swiget, der sal ouch ummer swige; wer ouch hy nicht en ist unde hir in zcu sprechen had, deme bescheyde ich vor daz recht by siner rechten jarczal; wer dorobir swiget, der sal ummer swigen. Dornoch sal der daz gud in sine gewer nemen unde deme richter unde schepphen unde schribern geben ore fredephenninge, als billich ist.[22])

Noch umständlicher ist das Verfahren ebendaselbst in einer früheren Stelle[23]) beschrieben, wo es in verschiedenen Acten auseinander gehalten wird. Zuerst kommt die Auflassung, auf deren Beschreibung die Worte folgen: domete enphet her dy gewer. Dann kommt die Aufbietung des Richters oder Frohnboten, in der die geschehene Auflassung erwähnt wird mit den Worten unde had on hy dez gewert, also recht ist. Nach Erwähnung des nun folgenden dreimaligen Friedegebots folgt bei der Erinnerung an den zu zahlenden Friedeschilling in Beziehung auf diesen eine Cautel: der sal sinen fredeschilling deme richter unde schepphen gebe dorobir unde nicht er,[24]) dorch daz ab (ob) weddersprache darin queme, daz denne der richter zcu rechten tagen leythe, unde sy beydersith zcume rechten bestetigete.

Nicht eher also war der Friedeschilling zu zahlen, als bis die Gewißheit vorlag, daß kein Widerspruch erfolge von Anwesenden. Da gegen den noch innerhalb Jahr und Tag zulässigen Beispruch Abwesen-

---

[22]) Vergl. Rechtsbuch nach Distinctionen I, 46, 4 (exedit Ortloff S. 81.)

[23]) Vergl. daselbst I, 21, 1 (S. 62—63), auch abgedruckt in Kraut's Grundriß 5. Ausgbe. S. 172—173. Nr 68.

[24]) D. h. nicht eher. Kraut hat statt unde nicht er die Worte „u. auch," was gar keinen Sinn giebt. — vergl. auch über die geographisch weite Verbreitung, die verschiedenen Benennungen und die rechtliche Bedeutung dieses Friedensgeldes: Stobbe in Ihering's Jahrbüchern Bd. XII S. 192 Note 155.

der die bei der Auflassung bestellte Bürgschaft sicherte, so war eben der Friedeschilling die Gebühr für die mittelst des Friedewirkens gegebene Sicherheit gegen fremde Ansprüche, für die Beschaffung der rechten Gewere, — diesen Ausdruck aufgefaßt im Sinne der oben in §. 4 erwähnten vier Quellen-Aeußerungen.

Der sich hieraus ergebenden Bedeutung des Friedeschillings begegnet man auch in einer Lübeckischen Urkunde vom 3. Juni 1361, in der erzählt wird: quod — — super literam apertam consulum in Gnewesmolen domini consules Lubicenses per sententiam diffinitivam pronunciaverunt, quod Arnoldus de Gnewesmolen, noster civis, cuidam clerico nomine Johannes Bardewijk quadraginta marcas denariorum lubicensium argenteorum deberet erogare, quas — dedit et persolvit et tunc illis solutis deberet cum civibus Lubicensibus proprias hereditates habentibus in Gnewesmolen equitare et a consulibus ibidem hujusmodi hereditatem, pro qua dictas quadraginta persolvit, postulare. Qui cum dictis civibus prenotatis in Gnewesmolen equitavit et a consulibus ibidem dictam hereditatem postulavit. Darauf wird geantwortet, daß boni viri et honesti protestirt hätten. Daß dieselben anwesend gewesen seien, wird nicht gesagt, aber eben so wenig, wie es sich mit der Frist von Jahr und Tag verhalte, so daß man nicht erfährt, ob dieselbe verstrichen gewesen sei, oder noch gelaufen habe. Sie erscheint eben irrelevant. Die Erzählung fährt fort: Ad hujusmodi dictus Arnoldus sic respondit: Quis posset ultra et supra librum vestre civitatis protestari? Rogo, quod dicatis mihi, quis sustulit meum solidum pacis, quod dicitur **vredeschilling**, aut denarium dictum godespenning sublevavit, aut quis me in possessionem dicte aree induxit corporalem? — Welchen Erfolg die Sache schließlich gehabt habe, erfährt man nicht aus dieser Urkunde,[25]) die aufgenommen zu sein scheint, um als Grundlage zu dienen für eine von dem Rathe zu Lübeck an den Rath von Grevismühlen zu richtende Reclamation. — Der geschäftliche Zusammenhang war offenbar der, daß die litera aperta des Rathes von Grevismühlen berichtet hatte über geschehene Auflassung des Grundstückes, über geschehenes Friedewirken und die in den Städten darauf folgende Zuschrift zu Stadtbuch an den Käufer, daß daraufhin der Rath von Lübeck den Lübeckschen Käufer verurtheilt hatte zur Zahlung des Kaufpreises, die denn auch geleistet war. In den meisten Urkunden über geschehene Auflassung und friedewirkende Bestätigung von Grundstücken in Holstein, Mecklenburg und Lauenburg,

[25]) Vergl. Urk. Buch der Stadt Lübeck Bd. IV S. 81—82. — Der solidus pacis kommt auch vor in Pauli's Abhandlungen IV. Urk. Buch D Nr. 8.

welche an Lübeckische Bürger oder Stiftungen verkauft wurden, — deren das Lübeckische Urkundenbuch eine sehr große Zahl enthält, — wird auf Seiten der Verkäufer des Consenses Aller, deren Consens erforderlich sei, und auf Seiten des Käufers der gleichzeitig geschehenen Zahlung des Kaufpreises gedacht. Wo aber, wie in dem vorliegenden Falle, die verschiedenen Handlungen nicht gleichzeitig geschehen konnten, da ist es belehrend, zu sehen, wie die Zahlung nicht eher geschah, als bis durch das Friedewirken (obrigkeitliche Bestätigung) von Seiten des Käufers erfüllt war, dann aber auch geschehen mußte, weil eben damit dem Käufer die erforderliche Sicherheit gegen alle fremden Ansprüche durch deren Ausschluß gewährt war. Derselbe Gang des Geschäfts zeigt sich auch in anderen ähnlichen Fällen. So ward in einer Urkunde vom 24. Jüli 1375 über einen in Lübeck abgeschlossenen Verkauf zweier Höfe in Holstein von Otto Schwab an Henning Lasbeke vereinbart: dat Otto van staden an mit Henninge riden scal in dat ghut unde laten eme dat op vor greven Alue tho Holsten unde scal en vort in dat ghut weldinghen. Wanne dat ghescheen is, so scal Henningh mid Otten weder tho Lubeke inkomen unde dar nicht ut scheiden, he entschülle eme alle dingh voltheen, alzo se over eynkomen sin. [26]) Unter ähulichen Bedingungen ward am 25. Juli 1378 in Lübeck ein in der Stadt Münster belegenes Haus verkauft, was geliefert werden sollte s o n d e r y e m a n d e s a n s p r a c h e vor II unde XXXVI mârc monsters v r i u n d e q u i j t **ane IIII marc geldes, de Grete Kerkring unde ere kindere darinne hebben.** [27])

Die Worte vri unde quijt, an deren Stelle in anderen Urkunden leddig unde los [28]) gefunden wird, sind eine Uebersetzung der in lateinischen Urkunden vorkommenden Formel libere et quiete possidendam und bezeichnen in dieser Verbindung zugleich die Freiheit von beschränkenden dinglichen Rechten des Veräußerers und von den auf solche Rechte gestützten Ansprüchen Dritter, wie das in diesem und manchen anderen

[26]) Vergl. Urk. Buch der Stadt Lübeck Bd. IV S. 278. Daß und warum der Käufer nach Bestätigung der Auflassung sicher zahlen konnte, zeigt auch P a u l i, Abhandlungen I S. 134.

[27]) Vergl. daselbst S. 382—383.

[28]) Daß das Wort los in Lübeck als technisch galt für die Freiheit namentlich auch von dinglichen Ansprüchen, zeigt sich in folgenden Worten einer Urkunde vom 19. März 1402 über eine Erbtheilung zwischen einer Wittwe und ihren Kindern: ad hec ipsa eciam debet habere suam partem pratorum, que nunc a domino Brunone quita, i d e s t **los,** erunt. Urk. Buch d. St. Lüb. Bd. V S. 45. — vergl. auch daselbst S. 383 (Aufgebung eines Rentenrechts v. 9. Febr. 1411): gensliken quijt, leddich unde los von aller ansprake. — ferner: P a u l i, Abhandlungen IV Urk. Buch B Nr. 37 am Ende: boda ab eo quita erit; daselbst Nr. 62 am Ende: dat hus — — wedder qwyt unde los wesen; daselbst Nr. 88, 89, 94.

Fällen auch durch den besonderen Vorbehalt solcher Ansprüche, deren Fortbestand dadurch gesichert werden soll, ausgedrückt wird. Fast jedes der im Lübeckischen Urkundenbuche abgedruckten Documente über bestätigte Auflassungen von Landgütern, Zehnten, Renten, Salzpfannen in der Lüneburger Saline u. s. w. enthält jene Clausel in lateinischer oder niederdeutscher Fassung, und es mag daher hier genügen, einige Fälle anzuführen, in denen die rechtliche Consequenz und Bedeutung derselben specieller kenntlich gemacht ist. So heißt es im Oberen Stadtbuche bei der am 24. August 1285 geschehenen Zuschrift eines von der Kämmerei veräußerten Grundstückes: ita quod de ipsa hereditate eum et suos heredes nemo ejicere potest.[29]) So heißt es in der von dem Grafen von Holstein am 7. März 1339 geschehenen Bestätigung der Auflassung von Eckhorst an zwei Lübeckische Bürger: so dat neman anders, wan se, ichter sicht rechtes beholde edder hebbe an deme dörpe tho der Eckhorst vorbonömet.[30])

Ausnahmsweise ward wohl einmal die Auflassung außerhalb des forum rei sitae vorgenommen, in welchem Falle der judex rei sitae auf geschehene Benachrichtigung für Bewirkung des Friedens zu sorgen hatte. So wird in einem Schreiben des Rathes von Lübeck an den Rath von Magdeburg vom 5. Februar 1349 berichtet, daß ein aus Magdeburg gebürtiger Lübeckischer Bürger vor dem Rathe erschienen sei mit der Erklärung, daß ihm durch den Tod seines Vaters ein in der St. Ulrichsstraße zu Magdeburg belegenes Haus angefallen sei, quam ad se justa hereditaria devolutione idem civis noster asserit pertinere, ita quod nullus alius quicquam obtineat in eadem fecitque coram nobis absentem tamquam praesentem Johannem Wessekini, fratrem suum, plenipotentem dicte domus, ita quod cum ea poterit libere facere et dimittere, quicquid velit, vendere et alienare, aut quicquid ei videbitur oportunum. Et hoc idem noster civis se dicit gratum et ratum perpetuo habiturus. Sic enim eandem domum sibi coram nobis penitus resignavit. Quod presentibus protestamur, rogantes vestram prudenciam affective, quatinus dictum Johannem Wessekini dicta domo frui libere annuatis et defensione vestra protectum non sinatis ipsum in eadem quomodolibet impediri, ita quod cum ea possit facere, quicquid velit.[31])

---

[29]) Vergl. Urk. B. d. St. Lüb. Bd. II S. 46—47.

[30]) Vergl. daselbst S. 632. Fast dieselben Worte finden sich daselbst S. 741 unter dem 17. März 1344 in Beziehung auf Stockelsdorf.

[31]) Vergl. Urk. Buch d. St. Lübeck Bd. II S. 846. — Das Schreiben fand sich dadurch in dem Lübecker Archive, daß es seinem ganzen Inhalte nach inserirt ist einem späteren Schreiben des Magdeburger Raths, worin über weitere Verlassung des Hauses durch den genannten Johannes Wessekini berichtet wird.

Man sieht, daß in diesem Schreiben jener in dem Rechtsbuche nach Distinctionen geschilderten dramatischen Form des Friedewirkens nicht mehr, sondern nur noch der materiellen, darin ausgedrückten Rechtswirkung erwähnt wird. Die größere Häufigkeit solcher Vorgänge und die damit in Verbindung stehende geschäftliche Nüchternheit bei ihrer Behandlung in einer volkreichen Handelsstadt mag es bewirkt haben, daß mit der Erklärung des vorsitzenden Bürgermeisters: das Geschäft sei nunmehr stede unde vast, [31a]) und mit der daraus folgenden Verzeichnung desselben im Stadtbuche der neue Erwerber für leddich unde las van aller ansprake angesehen ward.

§. 7. Zuschrift im Stadtbuche.

„Denn die Bestimmung, daß Erbgut nicht ohne der nächsten Erben „Consens veräußert werden dürfe, gehörte — und dieser Gesichtspunkt „muß ja festgehalten werden — zur Ordnung der Verlassungen, „um mich eines neuern Ausdrucks zu bedienen, zur Stadtbuchs-Ordnung: weil es verboten war, so wurde es gar nicht zugelassen. Heimliche Veräußerungen von Erbeigen hinter dem Rücken der Erben konnten „hiernach nicht vorkommen, sondern, wenn ohne der Erben Consens, „immer doch nur in Hoffnung auf denselben. Diese mochte im einzelnen „Falle getäuscht, der Consens verweigert, ja selbst von den Erben, deren „Existenz nicht gekannt war Beispruch erhoben werden; aber nimmer „doch konnte dies die exorbitante Folge für den Veräußerer haben, daß „er das Gut verlor." [32]) Pauli zeigt nach diesen seinen Worten unter Hinweis auf einen vorher (S. 124) mitgetheilten Auszug aus dem Kämmereibuche, daß das von dem durch die Zuschrift völlig gesicherten Käufer gezahlte Kaufgeld von dem Verkäufer deponirt wurde, um an Stelle des Grundstücks als Erbgut zu dienen (que sub jure devolucionis per mortem jacebunt). — Daraus erklärt sich, daß in Lübeck die Bürgschaft für die Gewähr gegen Anfechtung innerhalb Jahr und Tag „in vielen Fällen — — eine bloße Formalität war." [33])

Practische Bedeutung hatte diese Gewähr ja nur für die Orte, „wo es keine Erbebücher gab", während „unrechtmäßige Veräußerungen von

---

[31a]) Lüb. Recht Cod. III Art. 159 (bei Hach): De en verkoft erve wil uplaten edder wil he en erve vorsetten, dat schal he don vor dem sittenden rade, so is dat stede unde vast. — Für Hamburg bemerkt Baumeister (Hamb. Priv. R. I S. 125 Note 3 und Text dazu), daß bei Verlassungen im Landgebiet bis in neueste Zeit Friede und Bann mit Berührung des Schwertes gewirkt wurde, in der Stadt aber wohl immer nur die einfache Willenserklärung constatirt sei.

[32]) Pauli, Abhandlungen I S. 133—134.

[33]) Vergl. Pauli, daselbst I S. 146—147.

„Erbeigen nach den bei uns, wie in anderen Städten, schon in frühester „Zeit bestehenden Einrichtungen durchaus nicht vorkommen konnten.“ [34])

Der Einfluß, welchen die örtliche Existenz und Nicht-Existenz von Stadtbüchern auf die Entstehungszeit der rechten Gewere übte, zeigt sich auch darin, daß an Orten, wo es dergleichen Einrichtungen, wie sie in Lübeck und Hamburg von je her bestanden haben, nicht gab, die Bestätigung des Kaufes erst nach Jahr und Tag erfolgte. So heißt es in dem Weisthum von Niederprüm: Item wan ein gut verkauft wird, mag der kauff an Orten und enden geschehen, woe man will, aber wan man dessen kauffs eins ist, soll man vor den hoffsschultheissen und scheffen erscheinen, aldae den kauff vermelden vnd eins dem andern mit mund und halm obertragen und verzigk geschehen. — Jedoch der kauff den negsten erben jar und tag offen stehen vnverlustig, vndt dae binnent jarsfrist niemandt von den verwandten die beschüttung vnd abtrifft thun würde, soll alsdann der kauff beschlossen vnd bestetiget werden, davon den scheffen ein sester weins gebührt. [35]) In Beziehung hierauf sagt Stobbe l. c. (siehe unten Note 35): „Die Eintragung im Stadtbuch, resp. ein gerichtlicher „Brief über die Auflassung gewährt den vollen Beweis für die rechtliche „Uebertragung und, wo die Beurkundung erst Jahr und Tag nach der „Auflassung erfolgt ist, zugleich für die rechte Gewere. Was im Stadt„buch eingetragen ist, hält man für recht.“ Mit diesen letzten völlig richtigen Worten, welche Stobbe selbst in der Note 191 durch verschiedene Quellencitate belegt, steht offenbar der vorherige beschränkende Zwischensatz, wonach die Eintragung nur dann die rechte Gewere geben soll, wenn sie „erst Jahr und Tag nach der Auflassung erfolgt ist“, im Widerspruch. Die reine theoretische Möglichkeit eines Beispruchs innerhalb Jahr und Tag konnte in Zeiten, wo man weniger der Theorie, als der Praxis folgte, nicht bewirken, daß man in unseren Städten an dem sofort mit der Zuschrift eintretenden Erwerbe der rechten Gewere, d. h. des Ausschlusses nicht erwähnter Ansprüche Dritter, gezweifelt hätte. Vielmehr zeigen die Lübeckischen Urkunden, daß von Bar vollkommen Recht hat, wenn er sagt [36]): „Innerhalb des engeren Umkreises der „Städte war es weniger bedenklich, von dem alten Erfordernisse der „rechten Gewere mehr und mehr abzugehen. Der Gang der Entwick„lung scheint in den städtischeu Statuten der gewesen zu sein, daß der

---

[34]) Vergl. Pauli, daselbst I S. 131—132.

[35]) Vergl. Grimm, Weisthümer Bd. II S. 533—534. — Stobbe in Jhering's Jahrbüchern Bd. XII S. 206—207 Note 190.

[36]) Vergl. von Bar, das Beweisurtheil des germanischen Processes S. 212 Note 388a.

„neue Erwerber sein Recht beschwören mußte, nachdem er das Grundstück „Jahr und Tag besessen, daß er dann nur Jahr und Tag zu besitzen „brauchte und der Eid wegfiel, sofern der Gegner nicht etwa den Beweis „einer Besitzstörung oder erhobenen Klage beibrachte und daß endlich „die Auflassung und Einschreibung in das städtische Erbebuch „schon ein unanfechtbares Recht gewährte."

Als Regel galt mithin sofortiger Erwerb der rechten Gewere durch die Zuschrift im Stadtbuche. Weil aber diese Regel sich auf die Oeffentlichkeit des ganzen Herganges stützte,[37]) so mußte sie solchen Berechtigten gegenüber eine Ausnahme erleiden, für welche die Oeffentlichkeit ohne ihre eigene Schuld nicht vorhanden war, also den Abwesenden u. s. w. gegenüber.

Aber, wird man hier vielleicht einwenden, in dem oben (§. 1) mitgetheilten Art. 1 Tit. 6 Lib. V des Lüb. Stadtrechts von 1586 ist ja, bevor noch von der für die Abwesenden zugelassenen Ausnahme die Rede ist, die Ausschließung jeder Einrede noch von dem auf die Eintragung folgenden Ablaufe von Jahr und Tag abhängig gemacht! — Solcher Einwendung gegenüber muß daran erinnert werden, daß Pauli mehrfach die Revisoren eines Irrthums überführt hat, wie denn sie selbst am Schlusse ihrer Vorrede es mit der Eilfertigkeit ihrer Arbeit entschuldigt haben, daß sie „es doch vor dismahl, weil von den Benach„barten zur Edition eilend zu schreiten embsig angehalten, nicht anders „machen können." — Gerade dieser Artikel gehört zu denjenigen, bei welchen die Rücksicht auf die „Benachbarten" stärker hervortritt, als die Bezeugung der Lübeckischen Praxis. Als unmittelbare Quelle desselben erscheint, wie oben (§. 1) erwähnt worden, der Art. 327 des Cod. III bei Hach, welcher zu dem Theile dieses Codex gehört, der Hamburgisches Recht enthält. Diejenigen Codices, welche dem Lübischen Rechte Hamburgisches hinzugefügt haben, sind nach Hach (S. 25 der Einleitung) in den Holsteinischen Städten, welche mit Lübeckischem und Hamburgischem Rechte bewidmet waren, entstanden. Daß nun die Revisoren auf den Wortlaut dieser älteren Codices mehr, als auf das in der Heimath geltende praktische Recht, Rücksicht genommen hatten, ward eben in Hamburg bemerkt, wo man ja ihren Art. 1 Tit. 6 Lib. V fast wörtlich in Art. 3 Tit. 30 P. I des Stadtrechts von 1603 reproducirt hatte. Dort richtete nämlich der Senat am 13. Februar 1618 folgende Proposition

[37]) Vergl. Gerber, System des deutschen Privatrechts §. 74 Note 3: „In dieser „Oeffentlichkeit des Erwerbs der dinglichen Rechte liegt der Ausbau des dinglichen „Princips, die Vollendung des absoluten Characters der Dinglichkeit." — vergl. Stein, Abhdlg. des Lübischen Rechts Bd. III S. 105. — Albrecht, Gewere S. 249 Note 369. — von Bar, Beweisurtheil S. 174.

an die Bürgerschaft: „Nachdem E. E. Rath nach fleißiger Verlesung des „Stadtbuchs [38]) und aus der Erfahrenheit befunden, daß man in Verfassung des 3. Art. P. I Tit. 30 von dem alten Stadtbuch so weit „abgetreten ist, indem daselbsten disponirt, daß derjenige, welcher außerhalb Landes gewesen, die Verlassung der Hauptstüle und Renten innerhalb Jahres und Tages nach erlangter Kundschaft, immaßen in den „Erb und Eigenthumen geschehen kann und mag, besprechen können, „solches auch auf die Anwesende aus demselbem Articul will gezogen „werden, dasselbe aber dem alten Stadtbuch und wohl hergebrachter „Gewohnheit ganz zuwider laufen thut: in Erwegung, daß G im 3. Art. [39]) „klärlich disponiret, was für den Rath verlassen und in daß Stadtbuch „geschrieben wird, solches gehet für alle Siegel und Briefe oder ruhelige „lange Besitzung, dasselbe auch von undenklichen Jahren hero also üblich „in dieser Stadt hergebracht, desgleichen auch aus dem neuen Stadtbuche „P. II Tit. 6 Art. 14 und P. II Tit. 8 Art. 7 zu schließen und abzunehmen ist, auch sonsten männiglich zum großen Schaden und Nachtheil „gereichen, die Einschreibung in das Stadtbuch dadurch vernichtiget, und „diejenige, welche ihre Gelder austhun, in Ungewißheit gesetzet, auch „wol gar um das Ihrige kommen würden; als erachtet E. E. Rath „nöthig zu seyn, daß vorgedachter Articul Stadtbuchs möge dergestalt „formiret werden."

Der so motivirte Receß von 1618 lautet:

„Was vor dem Rath in offener Audienz an Erb und Eigen verlassen, und davon unter des Secretarii Hand ein Extract im Gericht „vorgeleget wird, dagegen kann niemand einige Einrede thun, es wäre „dann, daß derjenige, welcher dabei interessiret, außerhalb Landes gewesen, der wird von der Zeit an, daß er solches erfahren, innerhalb „Jahres und Tages billig zugelassen, die Zeit aber seiner erlangten „Wissenschaft soll er auf des Gegentheils Begehren mit seinem Eide erhalten. Was aber an Rente und Hauptstuhl in offener Audienz verlassen, und in dieser Stadt Rente-Buch eingeschrieben wird; solches soll, „weil es hiebevor in dieser Stadt üblich Herkommen, stet und festgehalten

---

[38]) Zur Vermeidung von Misverständnissen mag hier bemerkt werden, daß das Wort „Stadtbuch" in Hamburg nicht in demselben Sinne gebraucht wird, wie in Lübeck. Das Grundbuch heißt in Lübeck „Stadtbuch", in Hamburg „Erbebuch" und resp. „Rentebuch", während man dort das Stadtrecht „Stadtbuch" nennt.

[39]) Die hier gemeinte Stelle des Hamburger Stadtrechts von 1497, G 3 lautet so: Wat averst vor dem rade vorlaten unde in der stad boek geschreven steyt, dat gheyt vor alle segele unde breve, edder rowelyke langhe besyttynge, der me ghenetet na segelen unde breven, de er ankumpst unde recht vormelden unde medebryngen (Lappenberg, Hamburgische Rechtsalterthümer I, S. 237).

„werden, und solche Einschreibung allen andern ältern Verpfändungen, „die nicht weiter können geschehen und beigeschrieben werden, vorgezogen werden. [40])

Seit diesem Receß von 1618 ist in Hamburg die rechte Gewere an Grundstücken „unmittelbar durch die Inscription nach vor„heriger Auflassung erworben worden. [41]) Eine Folge hiervon „war es, daß die für Jahr und Tag zu bestellende Bürgschaft, welche nur „noch für die Fälle des Widerspruches Abwesender von Bedeutung seyn „konnte, allmählig seltener wurde, und mit dem Jahre 1638 ganz auf„gehört hat." [42])

Um dieselbe Zeit begegnet man in Lübeck verschiedenen Zeichen derselben Veränderung des Rechts. Da nämlich die Frist von Jahr und Tag vorzugsweise auf das Beispruchsrecht der nächsten Erben sich bezog, so konnte von ihr nicht mehr viel die Rede sein, wenn dies Beispruchsrecht nicht mehr zur Anwendung kommen konnte, d. h. sobald das Recht der nächsten Erben nicht mehr die einzelnen ererbten Grundstücke, Rentenpöste u. s. w. zum Gegenstande hatte, sondern auf eine Forderung an den Nachlaß dahin sich beschränkte, daß über den Gesammtwerth des Ererbten nicht letztwillig verfügt werde. So lange nun aber das Recht der nächsten Erben jenen älteren Charakter hatte, war die Tilgung von Rentepösten für dasselbe ebenso gefährlich, wie die Veräußerung derselben, weil in dem einen, wie in dem anderen Falle das bezahlte Geld als Erbgut wieder hätte belegt werden müssen. Daraus folgt, daß die zur Sicherung des Rechts der Erben dienende öffentliche Verlassung auch den Tilgungen vorhergehen mußte, wie das im Mittelalter bei Lübeckischen Rentepösten [43]) und in Hamburg bei Pfandpösten bis in die neueste Zeit [44]) in der That nothwendig war. In Lübeck aber bestimmte schon die Stadtbuchs-Ordnung vom 17. April 1637 (Cap. IV der Revidirten Cantzlei-Ordnung) in §. 8: „Wann jemand seine Rente oder Pfandgelder „ablegt und tilgen lassen wil, wie auch, wann kein Pfandherr im Hause „ist, und Renten beigeschrieben werden sollen, so ist nicht nöthig, solches „vorm Rathe zu suchen, sondern kann ohn das getilget und beigeschrieben „werden." [45]) Erwägt man außerdem noch, daß schon 1632 und 1639

[40]) Vergl. die Ausgabe des Hamburger Stadtrechts von 1842, S. 154.

[41]) Vergl. Baumeister, Hamburger Privatrecht I, S. 72 sub II initio.

[42]) Vergl. Baumeister daselbst S. 131 Note 3.

[43]) Vergl. Pauli, Abhandlungen IV, S. 76.

[44]) Vergl. Baumeister, Hamburger Privatrecht Bd. I, S. 199 oben, und S. 222 Note 3.

[45]) Vergl. Eines Hochedl. — Raths der — Stadt Lübeck — Ordnungen. Lübeck 1727 (meistens der Ausgabe des Stadtrechts von 1728 beigebunden), S. 65.

in Lübeckischen Testamenten der Begriff des Erbguts als eine Geldsumme aufgefaßt wurde [46]), so läßt sich kaum bezweifeln, daß bereits in jener Zeit zu Lübeck das frühere binnen Jahr und Tag geltend zu machende Beispruchsrecht der nächsten Erben gegen die Veräußerung oder Belastung vererbter Immobilien zu den vergessenen Dingen gehörte, daß also schon damals in Lübeck die mit den Worten des Art. 1 Tit. 6 Lib. V des Stadtrechts:

„so kann darauf künftig niemand einige Einrede [47]) thun"

ausgedrückte präcludirende Wirkung der rechten Gewere sofort mit der Zuschrift im Stadtbuche eintrat. Auch der Vorbehalt des Rechts Abwesender hatte keine Bedeutung mehr, insofern dieses Recht eben nur ein im Allgemeinen nicht mehr anerkanntes Beispruchsrecht sein konnte.

Stobbe [48]) hebt hervor, daß man die Auflassung des Veräußerers und die darauf folgende gerichtliche Bestätigung, resp. die Zuschrift im Grundbuche, nicht als verschiedene Theile desselben Geschäfts, sondern als zwei Geschäfte von verschiedener rechtlicher Bedeutung aufzufassen habe. Nur die erstere, die Handlung des Veräußerers, erscheint ihm als Uebertragung des Eigenthums, welche, wenn sie allein stände, eine blos derivative Erwerbsart sein würde. Die darauf folgende Handlung der Behörde dagegen erscheint ihm als Verleihung, als originäre Erwerbsart. Dieser Gedanke, welcher an die Beseler'sche Ableitung des Friedewirkens aus der alten investitura des frühesten Mittelalters (vergl. oben §. 5 u. f.) erinnert, ist geeignet, auch einer romanistischen Denkweise die präcludirende Wirkung begreiflich zu machen, welche die Eintragung eines neuen Eigenthümers auf alle unbekannten dinglichen Ansprüche übt. Für Lübeck findet er eine Stütze in der Form der Stadtbuchs-Nachweisungen. Wenn nämlich ein mit Pfandpösten beschwertes Grundstück auf einen neuen Eigenthümer umgeschrieben ist, so folgt der Umschrift die Ausfertigung neuer Nachweisungen, welche aber in Betreff der Person des Eigenthümers verschieden lauten. Die für die Pfandgläubiger bestimmten, diesen von Amts wegen zu insinuirenden Nach-

---

[46]) Vergl. Pauli, Abhandlungen Bd. I, S. 198, 199.

[47]) Daß das Wort „Einrede" hier nicht den speciellen Sinn des heutigen Proceßrechts haben kann, zeigt schon das entsprechende Wort bispreken der niedeutschen Quelle. Nach Grimm's deutsch. Wörterbuch III, 247 hieß es im 16. Jahrhundert so viel als Einsprache, Widerspruch. In der Rechtssprache des 16. Jahrhunderts kommt es für exceptio nur selten vor. Statt dessen sagte man Auszug; so z. B. die R. K. G. O. von 1555 Thl. 3 Tit. 24: „Von Terminen in Auszügen, so die Hauptsach „aufhalten und nicht gar abschneiden, genannt Dilatoriae".

[48]) Vergl. Stobbe in Ihering's Jahrbüchern Bd. XII, S. 197—199, 214 bis 215, und Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. II, S. 170—171.

weisungen nennen außer dem neuen Eigenthümer auch noch den alten, weil dieser den Pfandgläubigern noch bis zum nächsten Kündigungstermin und, wenn solcher von ihnen zur Kündigung benutzt wird, auch noch bis zum Ablauf der Zahlungsfrist, persönlich haftet. Die für den neuen Eigenthümer bestimmte Nachweisung dagegen nennt nur ihn, legitimirt ihn aber vor Gericht zur dinglichen Klage, welche dem Miether oder sonstigen dritten Besitzer des Grundstücks gegenüber Räumungsklage genannt und im schleunigsten Exekutivprocesse verhandelt wird ohne Zulassung von Einrede aus der Person des früheren Eigenthümers oder aus irgend welchen von diesem abgeleiteten, nicht aus dem Oberen Stadtbuche ersichtlichen Rechten. (Civ. Proc. O. §§. 83. 84.)

Diese Form der Stadtbuchs-Nachweisungen in Verbindung mit ihrer Wirkung zeigt recht deutlich, daß der neue Eigenthümer mit dem Augenblicke der Zuschrift die rechte Gewere erworben hat, daß er, wie von Gerber sagt, sein eigener auctor ist, und sich keine von einem früheren Eigenthümer abgeleiteten unbekannten Ansprüche gefallen zu lassen braucht.

§. 8. Sofortiger Erwerb der rechten Gewere durch Adjudication.

Der Sachsenspiegel sagt: Svelke gave die man siüt, oder svelk ordel die man vinden hort, ne weder redet he des tohant nicht, dar na mach he's nicht weder reden. [49])

Das alte Hamburger Recht sagt: So welkerhande gud vor deme rade upgelaten wert, unde wat ordel vor deme rechte vunden wert, vnde de to antworde is, den dat angeit, unde wedder sprekt he dat nicht, it blift al stede. [50])

Die Glosse des Sachsenspiegels und die Langenbeck'sche Glosse des Hamburger Stadtrechts von 1497 heben dabei den Widerspruch mit dem Römischen Rechte ausdrücklich hervor, ohne sich daran zu stoßen, und den Germanisten unserer Tage fällt es nicht ein, in diesem Grundsatze, dessen Consequenzen bis auf unsere Zeit herabreichen, wegen seiner Abweichung von dem Römischen Rechte eine „Singularität" zu finden. So sagt Eichhorn: „Daß dies nicht blos sächsisches Recht, sondern „ein allgmeines Princip ist, das auf der Bedeutung der deutschen „Gerichtsverfassung wesentlich beruht, ist leicht einzusehen. Jeder an-

---

[49]) Sächs. Landrecht II, 6 §. 4.

[50]) Wörtlich übereinstimmend im Hamburger Stadtrecht von 1270 IV, Art. 5 (bei Lappenberg S. 22), von 1292 F, Art. 5 (daselbst S. 124), von 1497 A, 18 (daselbst S. 189).

„wesende freie Mann ist wesentlich bei allen Handlungen des Gerichts „mitwirkend". [51])

Gestützt auf dies Princip sagt Albrecht, daß es im Falle der Zuerkennung eines richterlichen Pfandrechts „nicht erst eines Zeitraums von „Jahr und Tag bedarf, um dem Gläubiger die Sicherheit zu verschaffen, „welche die rechte Gewere erzeugt." [52]) Uebereinstimmend damit erklären sich Stobbe [53]) und Laband [54]), welcher letztere sich dabei auf den oben erwähnten Artikel des Hamburger Rechts, auf den damit wörtlich übereinstimmenden Artikel 285 des Cod. III in Hach's Alt. Lübischem Rechte, und auf zwei Urtheile des Lübischen Oberhofes von 1470 und und 1478 [55]) beruht.

Demselben Gedanken entspricht die folgende Inscription des Lüb. Ob. Stadt-Buchs von 1301: Notum sit, quod quidam flamingi et alii hospites et nostri concives, quibus Hermannus Friso in quibusdam obligabatnr debitis, cum sua peterent debita, nec invenirent aliud, quod pro suis acciperent debitis, impetiverunt domum, que Dordenbusch vocatur, et domum, que fuerat Volquini Septem Fratrum, sitam apud forum pabuli, que domus ambe per multas sententias et justa judicia adjudicate eisdem, ut eas possent vendere cui vellent, nec deberent cogi ad fidejussoriam cautionem pro warandia anni et diei. Sic. etiam est cor. Cons. ordinatum [56])

In anderen Fällen ward bei dem Verkaufe eines adjudicirten Hauses einer Gewähr für Jahr und Tag überall nicht gedacht [57]), was mit dem Principe eines durch die Adjudication sofort eintretenden Erwerbes der rechten Gewere völlig übereinstimmt, während die vereinzelt vorkommende Uebernahme solcher Gewähr [58]) sich aus besonderen Umständen des einzelnen Falles erklären mag, und daher nicht als Beweisgrund gegen die Annahme in's Gewicht fällt, daß der allgemeine deutschrechtliche Grundsatz von der durch Adjudication eines Grundstücks wegen Schulden sofort eintretenden rechten Gewere auch in Lübeck anerkannt gewesen sei. Die oben (zu den Not. 55—57) erwähnten Fälle zeigen, daß dieser Grundsatz von dem Rathe in verschiedenen, fast zwei Jahrhunderte auseinander liegenden Rechtssprüchen ausdrücklich anerkannt ist.

---

[51]) Vergl. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechts-Geschichte I, 4. 4te Ausg. S. 362 (§. 57) Note X.

[52]) Vergl. Albrecht, Gewere, S. 108.

[53]) Vergl. Stobbe in Jhering's Jahrbüchern Bd. XII, S. 190—193.

[54]) Vergl. Laband, Vermögensrechtliche Klagen, S. 295—297.

[55]) Vergl. Michelsen, Der Oberhof zu Lübeck, Nr. 44 und 92.

[56]) Vergl. Pauli, Abhandlungen IV, Urk.-Buch A, Nr. 120.

[57]) Vergl. daselbst Nr. 80, 107, 122.

[58]) Vergl. daselbst Nr. 158.

B. Anwendung des Princips der rechten Gewere auf Servituten.

a) §. 9. Nach gemeinem deutschem und Lübischem Rechte.

In den meisten Lehrbüchern des deutschen Privatrechts kann man lesen, daß die Servituten ein erst durch das Römische Recht bekannt gewordenes und also nach diesem zu beurtheilendes Rechtsinstitut seien.[59]) Es kommt das daher, daß man den Inhalt des deutschen Rechts, insoweit er dem römischen gegenüber zu beachten sei, früher nur aus den deutschen Statuten entnahm und in diesen freilich nur selten einer Servitut begegnete, allgemeine Regeln darüber vergeblich suchte. Seitdem man aber in den letzten beiden Menschenaltern — in Lübeck seit Pauli's Forschungen — gelernt hat, aus den Urkunden das geltende Recht in seiner lebendigen Uebung kennen zu lernen, findet sich doch, daß dem deutschen Rechte von je her Servituten keinesweges fremd gewesen sind, für deren dingliche Wirkung es daher auch, seitdem man als das allgemeine deutschrechtliche Wesen der Dinglichkeit von Rechten an Immobilien die rechte Gewere kennen gelernt hat, auf diese ankommt. So zeigt denn Laband[60]), daß das deutsche Recht auch zum Schutze der Servituten eine rechte Gewere kennt, und daß die durch solche nicht geschützten Servituten gleich anderen dinglichen Ansprüchen durch die rechte Gewere eines neuen Erwerbers des dienenden Grundstücks ausgeschlossen sind, was Heusler[61]) daraus erklärt, „daß man in den „Städten mit Ausbildung der gerichtlichen Auflassung immer mehr dazu „kam, bei Veräußerung von Liegenschaften eine Anmeldung der darauf „ruhenden Lasten zu fordern."

Wie entsteht nun die rechte Gewere bei Servituten?

Diese Frage beantwortet sich verschieden bei Personal- und Real-Servituten.

1) Den Grundsatz des Sachsenspiegels (I, 21, 1), daß die Leibzucht einer Auflassung bedarf, erweitert Stobbe zur Forderung einer solchen für alle jura in re.[62]) Als Object einer Auflassung kommen in Lübeckischen Urkunden Personal-Servituten und denselben ähn-

[59]) Vergl. z. B. Eichhorn, Einleitung. 4. Ausgabe. §. 178.

[60]) Vergl. Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen, S. 328.

[61]) Vergl. Heusler, Die Gewere, S. 250.

[62]) Vergl. Stobbe in Ihering's Jahrbüchern XII, S. 169.

liche Realrechte sehr häufig vor. So der Nießbrauch, sowohl für bestimmte Zeit [63]), als lebenslänglich [64]), — ferner ein Wohnungsrecht [65]), — ein Altentheilsrecht [66]), — Leibrenten [67]), — Anwardhinge [68]), — Lifgedinghe. [69])

2) In Betreff der Real-Servituten muß man zunächst sich erinnern, daß die öffentliche Auflassung, das Aufgebot und Friedewirken, praktische Bedeutung nur in Bezug auf die Rechte der nächsten Erben und Rentner haben konnten, in der Anwendung auf Servituten also nur dann, wenn der Werth des dienenden Grundstücks dadurch dauernd belastet wurde. Zur Bestellung solcher Servituten, also z. B. einer solchen, wonach auf dem Grundstücke nichts verändert werden dürfe, war nach Lübischem Rechte keine Veranlassung, weil das schon ohnehin Rechtens war und das Gegentheil erst durch die Bau-Ordnung von 1854 gestattet worden ist. [70]) Daraus ergiebt sich, daß die Entstehung der rechten Gewere bei Real-Servituten nach der Natur dieser Rechte eine andere Gestalt annehmen mußte, als bei der rechten Gewere an Eigenthum, an Renten- und Pfand-Rechten. Das Wesen der rechten Gewere besteht ja in einer die Fortdauer des Rechtes gegen Dritte sichernden Oeffentlichkeit des Besitzes, aus welchem Gedanken sich folgendes ergiebt:

a) Solche Oeffentlichkeit des Besitzes kann auf sinnlicher Wahrnehmung beruhen oder

b) auf Eintragung der bezüglichen Willens-Aeußerung in das Buch, welches alle auf rechte Gewere sich beziehenden Verträge enthält, d. h. für Lübeck in das Obere Stadtbuch.

---

[63]) Vergl. Urk.-Buch der Stadt Lübeck Bd. IV, Nr. 348.

[64]) Als Vorbehalt bei der Auflassung des Grundstücks wird eines lebenslänglichen Nießbrauchs gedacht, daselbst Bd. V, Nr. 435, und in Pauli's Abhandlungen IV, Urk.-Buch A, Nr. 55.

[65]) Vergl. Pauli, Abhandlungen IV, Urk.-Buch A, Nr. 55, B, Nr. 92, 94. — Urk.-Buch der Stadt Lübeck Bd. V, S. 388—389.

[66]) Vergl. Pauli l. c. A, Nr. 60, 148, 341.

[67]) Vergl. daselbst A, Nr. 101.

[68]) Vergl. daselbst A, Nr. 114, 262, 312.

[69]) Vergl. daselbst A, Nr. 115, 131, 175, 185, 269, 294, 306, 318, 319, 320, 326, 335, 338, 344.

[70]) Das Verbot der Anlegung neuer Fenster, Schornsteine u. s. w. in Art. 13, Tit. 12, Lib. III des Stadtrechts von 1586 hat seine Quelle freilich nicht in den älteren geschriebenen Statuten, wohl aber in dem ungeschriebenen Rechte, da aus Inscriptionen von 1304 und 1348 (siehe unten S. 27 sub γ und ε) und aus der Inscription von 1472 bei Pauli, Abhandlungen IV, Urk.-Buch B, Nr. 101 ersichtlich ist, daß sein Inhalt schon damals galt. Aehnliches war auch in Hamburg Rechtens. Vergl. die Ausgabe des Hamb. Stadtrechts von 1842, S. 415, die erste Note auf der ersten Spalte ad vocem: „gemacht werden".

c) Diese Eintragung kann gleich bei der Constituirung des Rechts,

d) braucht aber, weil sie ja nur gegen dritte Besitzer des dienenden Grundstücks wirken soll, nicht früher zu geschehen, als bei dessen Uebergang an einen anderen Eigenthümer.

e) Befindet sich das dienende Grundstück im Eigenthum einer juristischen Person, die dasselbe nie veräußert, so werden dem Erwerbe einer Servitut durch gemeinrechtliche Verjährung, — wenn eine solche nicht etwa gesetzlich verboten ist, wie durch §. 72 der Lübeckischen Bauordnung von 1854 — die Grundsätze der rechten Gewere nicht entgegen stehen, weil man sich dann gegen die Servitutenklage nicht auf rechte Gewere des Beklagten berufen kann, insofern nicht

f) der Besitzer des dienenden Grundstücks rechtzeitig dafür gesorgt hat, constatiren zu lassen, daß eine Servitut nicht habe begründet werden sollen.

Diese Sätze sollen nun im Folgenden weiter ausgeführt, resp. urkundlich belegt werden.

ad a) Der Art. 2 Tit. 8 Lib. I des Stadtrechts von 1586: „Wann „über Jahr und Tag ein Gebäute unangesprochen gestanden, das kann „nach Jahr und Tag nicht mehr angefochten werden" steht in Kraut's Grundriß (5. Aufl. S. 216 Nr. 30) unter den Quellen des Servitutenrechts, unmittelbar vor dem Bremer Statut 41 [71]), welches denselben Grundsatz für den Tropfenfall ausspricht. Während noch Donandt [72]) es für zweifelhaft erklärte, ob dies Bremer Statut auf den Tropfenfall zu beschränken oder auf alle städtischen Servituten auszudehnen sei, hat das Lübecker Oberappellationsgericht in den Entscheidungsgründen eines Urtheils vom 17. Junius 1845 ausgesprochen, daß dasselbe „keineswegs „auf die darin namentlich erwähnte Dienstbarkeit des Tropfenfalls zu „beschränken, sondern auch auf andere Servituten zu erstrecken sei, welche, „wie jene, in einer bleibenden sichtbaren Einrichtung eines Gebäudes be„stehen. — Allein es ist dabei immer von dem Grundsatze ausgegangen, „daß demselben der Satz des deutschen Rechts zum Grunde liege, „daß ein Gebäude, oder eine gewisse Einrichtung eines Gebäudes, nicht „mehr angefochten werden könne, wenn dasselbe Jahr und Tag ohne „Widerspruch des Nachbars in seiner dermaligen Gestalt bestanden habe. „— Hieraus folgt aber von selbst, daß man sich auf das Statut da „nicht berufen kann, wo die in Frage stehende Einrichtung ursprünglich „in einem Verhältnisse begründet ist, welches an sich alle Verjährung

---

[71]) In Oelrich's Sammlung S. 100 als Ord. 62 zu finden.

[72]) Vergl. Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts Bd. II, S. 358, Note 4.

„ausschließt." [73]) In dem fraglichen Falle handelte es sich um eine bittweise gestattete Einrichtung. Man wird aber ebenso urtheilen müssen in Fällen, wo jede Verjährung gesetzlich ausgeschlossen ist, wie bei dem Fensterrechte nach §. 72 der Lüb. Bauordnung von 1854. Dabei kann der Besitz als solcher nichts wirken, während sonst die erkennbare Existenz von äußeren Einrichtungen zur Ausübung einer Servitut diese auch ohne Eintragung gegen die rechte Gewere des neuen Eigenthümers zu schützen vermag.

ad b) Das nämlich, und nicht die Beurkundung einer geschehenen Auflassung, noch die bloße Sicherung des Beweises, für welche in Lübeck das Niedere Stadtbuch der richtige Ort gewesen wäre, — ist die Bedeutung der Eintragung von Servituten in das Grundbuch. Wo es ein solches Buch nicht gab, wie in Bremen, waren doch bei der öffentlichen Lassung „Einrichtungen getroffen, welche ältere dingliche Rechte zu schützen „und zugleich den neuen Gläubiger mit diesen bekannt zu machen be„zweckten." [74]) Wo aber die Eintragung eines neuen Eigenthümers in das Stadtbuch diesem sofort oder nach Ablauf von Jahr und Tag die rechte Gewere für sein Eigenthum verschafft, da ist auch die Eintragung eines Servitutenrechts in eben dieses Buch nothwendig, „um dessen Aus„schluß durch die von dem Käufer erlangte rechte Gewähr zu verhüten." [75]) In diesem Sinne sollte auch nach der Preuß. Hypotheken-Ordnung von 1783 I §. 54 die Eintragung erfolgen: „wenn die Interessenten pro „conservando jure darauf ausdrücklich antragen." [76]) — In diesem Sinne sind auch die Worte Beseler's zu verstehen: „Außer (der) all„gemeinen Begriffsbestimmung der Servituten, welche wir dem römischen „Rechte verdanken, sind derselben Rechtsquelle aber auch die leitenden „Grundsätze für die Lehre zu entnehmen: über Besitz, Klagen, Erwerb „und Verlust des Rechtes, — in letzterer Hinsicht jedoch mit den Be„schränkungen, welche das Institut der Auflassung mit sich führt." [77]) Die letzten Worte sind nach den mit dem Institute der Auflassung zu-

[73]) Vergl. Entscheidungsgründe des O.-A.-Ger. in Brem. Sachen Bd. I, S. 528—529.

[74]) Vergl. Donandt, l. c. Bd. II, S. 320.

[75]) Wörtlich nach Baumeister, Hamburger Privatrecht Bd. I, S. 149 (unten).

[76]) Vergl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. II, S. 192 Note 28 initio, in Verbindung mit dem Schlusse dieser Note. Die Bedeutung des in dem ersten Absatze dieser Note erwähnten §. 58 des Anhangs zum Allgem. Landrechte ist bei den preußischen Juristen streitig. Nach Klein, System des Preuß. Civilrechts, bearbeitet von von Rönne, Bd. I, §. 589, Note 2 ist dadurch der Grundsatz nicht aufgehoben, daß das Realrecht gegen den dritten Besitzer nur gilt, wenn es ihm bekannt war „oder sein mußte".

[77]) Vergl. Beseler, System des deutschen Privatrechts, §. 193.

sammenhängenden Grundsätzen nicht auf eine Auflassung von Servituten zu beziehen, sondern auf die Folgen, welche die Auflassung des dienenden Grundstücks an einen neuen Eigenthümer für den Verlust oder die Conservirung der darauf haftenden Servituten mit sich bringt, je nachdem der neue Eigenthümer sie kennen mußte oder nicht.

ad c) Nach diesen Grundsätzen wurden in Lübeck Servituten zuweilen gleich bei ihrer Entstehung in das Obere Stadtbuch eingetragen und dadurch für alle Folgezeit gegen Untergang durch rechte Gewere gesichert:

α) laut O. St. B. Inscription von 1285 in Betreff einer gemeinschaftlichen Mauer (bei Pauli, Lübeckische Zustände I, S. 198 Nr. 50 A);

β) laut O. St. B. Inscription vom 13. Juli 1300 über eine gemeinschaftliche Mauer und damit zusammenhängenden Wasserlauf (Urkunden-Buch der Stadt Lübeck, Bd. II, S. 98 Nr. 105);

γ) laut O. St. B. Inscription vom 10. August 1304 über die Mauer und das Fensterrecht des Hauses Nr. 619 am St. Aegidien-Kirchhofe (Urk. B. d. Stadt Lübeck, Bd. II, S. 155 Nr. 178);

δ) laut O. St. B. Inscription v. 15. Juli 1305 über die Mauer und den Tropfenfall am Hintergebäude des Hauses Nr. 8 in der oberen Johannisstraße (daselbst S. 165 Nr. 192);

ε) laut O. St. B. Inscription v. 30. März 1348 über ein Fensterrecht zwischen den Häusern Nr. 193 und 194 im Schüsselbuden (daselbst S. 831 Nr. 899 und Pauli, Lüb. Zustände I, S. 201 Nr. 54).

ad d) Eintragungen von Servituten bei Auflassung des Grundstücks an einen neuen Eigenthümer:

α) O. St. B. Inscr. von 1287. Notum sit, quod Conradus de Mene emit de Nicolao Stalbuc domum quandam, sitam . . de qua dabit . . . (folgt die Bestellung einer Rente) Item dictus Conradus faciet puteum cum vicino suo super terram utriusque hereditatis. — Actum et resignatum coram Cons. (Pauli, Abhandlungen IV. — U. B. — A Nr. 31);

β) O. St. B. Inscr. v. 1301. — Notum sit, quod Thidemannus medicus emit a relicta Willekini monoculi parvam domum, sitam — quam sibi cum pueris ejus et earum maritis per procuratorem cor. Cons. resignavit — (folgt ein Vorbehalt zweier einem Dritten zuständiger Renten.) Manebit tamen porta quedam, per quam haberi possit aditus de curia majoris domus predicte ad puteum, jacentem in curia minoris domus, quam nunc emit dictus Thidemannus (Pauli, Abhandlungen IV. — Urk. B. A Nr. 121). Das Wort Manebit zeigt, daß man die Servitut sichern wollte vor dem rechtlichen Untergange, welcher ohne diesen Vorbehalt eingetreten wäre durch die

von dem neuen Eigenthümer des dienenden Grundstücks erworbene rechte Gewere;

γ) O. St. B. Inscr. v. 1309. — Notum sit quod Nicolaus de Redewisch emit a Hermanno Mornewech domum quandam, sitam prope domum Friderici de Oldenburg in platea fabrorum, quam sibi cum uxore sua et puero suo corum Consulibus resignavit. — — Fridericus de Oldenburg predictus utetur puteo, qui est in curia istius domus pro omni commodo suo ita tamen quod nulla pecora ad ipsum vadantur et quod, cum pulsatur campana vigilium, porta, qua ad puteum habetur aditus, claudatur. (Pauli, Lübeckische Zustände I S. 200 Nr. 52.) Auch hier ist ersichtlich, daß die bestehende Servitut des Nachbars vor dem Untergange geschützt werden sollte.

δ) O. St. B. Inscription von 1357. — Notum sit, quod Hermannus Holle torifex emit a Conrado Westfal domum alias vitreariam super clingenberghe sitam in cono scilicet Hanovere vocato, sicut jacet, prope domum pistrinalem in cono fori carbonum ipsi Conrado Westfal adhuc pertinentem: quam domum alias vitreariam ipsi Hermanno Conradus coram Consilio resignavit cum aqueductus usu seu fruitione cloace, quam ad quartam partem et curia seu transitu ad eandem per murum circulatum, swiboghe dictum, inter hanc domum et bodam ei vicinam situm. . . . . Habet eciam dicta domus Hermanni Hollen alias vitrearia unam dormitorialem cameram super unam testudinem seu convexitatem ejus statutam, que quidem camera ad istam domum supra pertinet, infra vero et subtus testudinem seu in ipsius concavo non ad hanc domum, sed ad ei vicinam domum pistrinalem, que adhuc in cono jacens Conrado Westfal pertinet, pertinebit. Ad dicte ergo testudinis emendacionem, cum necesse fuerit dicte domus ambe equaliter tenebuntur. (Pauli, Lübeckische Zustände I S. 200 — 201 Nr. 53a.) Hier sollte eine bestehende bauliche Verbindung zweier bisher demselben Eigenthümer gehörender Häuser bei der Veräußerung des einen als Servitut beibehalten werden und ward deshalb bei der Verlassung genau beschrieben, um gegen die rechtlichen Folgen einer reinen Verlassung geschützt zu sein. Die Servituten wurden hier auch den Worten nach mit verlassen.

ε) O. St. B. Inscr. v. 1339. — Notum sit quod Kerstianus Badegowe emit a Godekone Mishund domum quandam, sitam super Clingenberghe. Sed tamen dominus Volmarius de Atendorn obtinebit stillicidium de suo granario in curia ipsius Kerstiani et aqueductum sive Akeducht per domum et curiam ipsius Kerstiani, et sibi Kerstianus optinebit stillicidium de sua camera dormitoriali, cadens in curiam ipsius Volmari. (Pauli, daselbst S. 199 Nr. 50 B.)

Auch hier findet sich offenbar derselbe rechtliche Zusammenhang, wie bei den unter β und γ mitgetheilten Inscriptionen von 1301 und 1309.

Aber nicht bloß bei Verlassungen des dienenden Grundstücks, sondern auch bei Zuschriften des herrschenden, werden dessen Rechte erwähnt, und bei Verkäufen von Renten die Rechte und Lasten des Grundstücks, aus dem sie verkauft sind. Hiervon finden sich folgende Beispiele:

ζ) Bei den Zuschriften der Grundstücke des alten Rathes im Februar 1411 kommen im Ob. Stadtbuche vor:

aa) laut Urkundenbuch d. St. Lübeck Bd. V S. 393 Z. 8—9: domus Johannis Crispyn, sita in Lata platea, cum libertatibus, distinctionibus et condicionibus de muro, aketucht et stillicidio,

bb) daselbst S. 394 Z. 1—3: domus — Tiderici Morkerken, olim domini Johannis Pleskow, sita immediate prope conventum Cranonis beghinarum, cum octo bodis retro ipsius domus curiam adjacentibus et cum porta ex curia retro exeunte,

cc) daselbst S. 395 Z. 3—5 von unten: domus Hermanni Westfal sita ex opposito cimiterii beate Marie virginis, ubi venduntur panes, sicut jacet apud dotem cum libero stillicidio versusdotem.[78])

η) Die Umschrift eines Rentepostens erfolgte 1373 im Oberen Stadtbuche so: Notandum, quod Kerstianus emit a domino Gerhardo de Attendorn illas XX Mr. den. vicbeldes annuatim, quas ipse habuit in domo domini Johannis Plescowe, quam ipse vivens inhabitabat, sita immediate prope conventum Cranonis, sicut jacet, cum octo bodis retro ipsius curiam adjacentibus cum porta ex curia exeunte.[79]) (Pauli, Lübeckische Zustände I S. 198 Nr. 49.)

ad e) Vor den Thoren Lübecks und auf dem Lande befinden sich viele Grundbücke im Eigenthum des Staates, irgend einer Stiftung oder anderen juristischen Person. Gegen ein solches Grundstück als dienendes konnten nach allgemeiner Reception des Römischen Rechts natürlich auch Servituten durch gemeinrechtliche Verjährung erworben werden. Da nämlich der Ausschluß des Römischen Rechts nach dem Appellations-Privilegium auf die Beurtheilung der Folgen von Stadtbuchs-Eintragungen sich beschränkte, — eine neue Stadtbuchs-Eintragung aber, d. h. eine von dem neuen Eigenthümer gegen die Servitut erworbene rechte Gewere, in einem solchen Falle zwischen dem Anfange und der Vollendung der Verjährung nicht in der Mitte liegt, so stand und steht auch jetzt dem Erwerbe einer Servitut durch gemeinrechtliche Verjährung gegen ein solches Grundstück ein Hinderniß des Lübischen Rechts nicht im Wege.

---

[78]) dos (sc. ecclesiae) bezeichnet hier wohl die der Kirche gehörigen Grundstücke, worin noch heute die Geistlichen der Marienkirche wohnen.

[79]) Es ist hier offenbar dasselbe oben sub ζ, bb. erwähnte Haus gemeint.

So erklärt es sich, daß in Lübeck im Jahre 1754 der Erwerb einer Wegegerechtigkeit über eine Wiese des Amtes der Knochenhauer, obwohl sie als eine servitus discontinua nicht äußerlich erkennbar war, auf Grund der gemeinrechtlichen zehnjährigen Ersitzung Anerkennung gefunden hat.[80])

ad f) Schon im Mittelalter konnte, wie oben ad a) erwähnt worden, durch öffentlichen erkennbaren Besitz einer zur Ausübung einer Servitut dienlichen Einrichtung für solche Servitut die rechte Gewere erworben werden, wenn nicht ihrer Entstehung durch eine rechtzeitige Protestation vorgebeugt war. Dergleichen Urkunden, worin anerkannt wird, daß bestehende Einrichtungen nur bittweise gestattet seien und nicht als Servitut fortbestehen dürfen, finden sich

α) 1340 in Beziehung auf eine cloaca im Urkundenbuche der Stadt Lübeck Bd. II S. 661—662,

β) 1352 in Beziehung auf einen Wasserlauf daselbst Bd. III S. 46,

γ) 1384 desgleichen, daselbst Bd. IV S. 474—475,

δ) 1358 in Beziehung auf die Anbringung eines Almosenblocks an einem Hause, bei Pauli, Lübeckische Zustände I S. 217 Nr. 24,

ε) 1360 desgleichen, im Urkundenbuche der Stadt Lübeck Bd. III S. 390—391.

Es ergibt sich hieraus, daß man in Lübeck von jeher Servituten gekannt und auf sie das Princip der rechten Gewere activ und passiv angewendet hat. Die nach art. 1 Tit. 6 Lib. V des Stadtrechts für den neuen Erwerber des dienenden Grundstücks mit der Zuschrift eintretende rechte Gewere beseitigt mit allen anderen dinglichen Ansprüchen auch alle Servituten, welche nicht gegen solchen Ausschluß entweder durch Erkennbarkeit oder durch Eintragung gesichert sind. Diese Eintragung, soweit sie wegen mangelnder oder ungenügender Erkennbarkeit rechtlich nothwendig ist, kann, und wird in der Regel auch factisch, mit der Servitut zeitlich zusammenfallen, hat aber rechtlich nicht die Bedeutung eines constitutiven Actes, ist nicht, wie die Eintragung des Eigenthums, eine Beurkundung der Auflassung (die bei Real-Servituten überall nicht nöthig ist), sondern lediglich Sicherung der Servitut gegen die Möglichkeit künftigen Unterganges durch die von einem späteren Erwerber des dienenden Grundstückes zu erwerbende rechte Gewere. Sie ist also völlig vereinbar mit dem Gedanken, daß die Servitut von dem ersten Besteller durch einfachen Vertrag erworben werde und ihm gegenüber, so lange er Eigenthümer bleibt, auch kraft solchen Vertrages gelte.

Wenn man dies bedenkt, so sieht man, daß auch der Commentator

---

[80]) Vergl. Brokes, Selectae observationes forenses, S. 523—524.

Mevius keineswegs, wie wohl behauptet worden, die Sicherheit des Lübischen Stadtbuchrechts durch die Römische Lehre von der dinglichen Wirkung geheimer Servituten hat sprengen wollen. Freilich spricht er da, wo er von Constituirung der Servituten redet (zu III, 12, 8 sub Nr. 6), nach seiner Weise mit den Worten der Digesten von pactionibus, stipulationibus etc. An anderen Stellen seines Commentars aber sieht man, wie er als erfahrener Praktiker wohl gewußt hat, daß nach Lübischem Rechte die dingliche Wirksamkeit aller Rechte an einem Grundstücke von ihrer Eintragung oder äußerlichen Erkennbarkeit abhängt. So sagt er z. B. zu Art. 1. Tit. 6 Lib. V sub No. 6: inscripta ab omni impugnatione et contradictione eximuntur,

sub No. 7: — — (ut) — — omnes actiones, quae adversus inscripta tendant, finiantur,

sub No. 24: — — secura plane est possessio vel commoditas ejus, quod libro publico insinuatum, sic ut nulli impugnationi locus sit; Idem jure Hamburgensi cautum est art. 3 Tit. 30 P. 1.

Wie er hier sich auf den dem Lübischen art. 1 Tit. 6 Lib. V nachgebildeten Hamburgischen art. 1, 30, I beruft, so zeigt sich, daß er gleich den Hamburger Commentatoren unter der hier von ihm gerühmten Sicherheit des Erwerbers auch dessen Sicherheit gegen geheime dingliche Belastungen des erworbenen Grundstücks versteht, aus einer anderen Stelle, wo er von den Vortheilen der Stadtbuchs-Einrichtung redet. Zu III, 6, 1 nämlich sagt er sub §. 15: Non parum quoque publicae utilitati proficit haec solennitas, ex quo possessores certi fiunt, tabulae, censuales seu aestima integra, norma onerum atque impositionum perfecta, caetera omnia exacta, quae ex possessionibus et possessionum numero sive qualitatibus dijudicanda aut ordinanda sunt. — Daß er zu dem onera praedii, deren norma perfecta man aus dem Buche ersehen kann, auch die Servituten rechnet, sagt er zu III, 12, 8 sub No. 2. — Zu III, 6, 3 endlich macht er sich selbst sub No. 7 in Betreff der hypotheca, die ja nach Römischem Rechte hinsichtlich der Dinglichkeit der servitus gleich steht, aus dem Römischen Rechte die Einwendung: Videri forte possit, rem transire cum suo onere ad quosvis possessores, bemerkt aber in Folgendem, daß dies nach Lübischem Rechte nicht gelte, und sagt dabei sub No. 10: Ex eo solo, quod venditio post incriptionem subsistit, aliorum jura impediuntur.

Im Bisherigen ist gezeigt worden, weshalb Servituten, die nicht durch äußere Erkennbarkeit gegen die Präclusion mittelst Zuschrift des dienenden Grundstücks an einen neuen Eigenthümer gesichert waren, zum

Zwecke solcher Sicherung im Stadtbuche verzeichnet werden mußten, und es sind oben verschiedene Noten solchen Inhalts aus dem Mittelalter mitgetheilt. Daß nun auch die Praxis daran festgehalten hat, zeigt für die Zeit vor dem Erlasse der Stadtbuchs-Ordnung von 1818 eine Aeußerung von C. N. Carstens in seiner Abhandlung über die Stadtbücher.[81]) Er berichtet (S. 92—93) von zwei im Jahre 1634 bestellten Servituten mit der Bemerkung: „Die Notul hierüber war im Niedern Stadt-Buch „verzeichnet und im Oberen Stadtbuche ward eine Nota Remissionis „darauf gemacht." Der Verfasser sagt nicht: „Eine Notul", sondern: „Die Notul", und läßt dadurch erkennen, daß dies nicht eine zufällig gewählte Cautel, sondern das regelmäßige Verfahren bei der Bestellung von Servituten war. Dasselbe konnte jedoch wegen der damaligen chronologischen Form der Führung der Stadtbücher seinen Zweck, dem neuen Erwerber des dienenden Grundstücks und neuen Pfandgläubigern über die auf dem Grundstücke haftenden Lasten eine Uebersicht zu gewähren, nur unvollkommen erfüllen. Obgleich man schon im Mittelalter sich befleißigte, durch Randbemerkungen und Zusätze auf frühere, dasselbe Grundstück betreffende Eintragungen zu verweisen, so war es doch schon damals vorgekommen, daß selbst Rentepöste übersehen wurden oder gar nicht aufgefunden werden konnten.[82]) Das war nun auch trotz des von Carstens (l. c. S. 86) gerühmten „Ordnung und Accuratesse" der betreffenden Beamten bei der von ihm erwähnten Servituten-Note vorgekommen. Nach vielfachem Wechsel der Eigenthümer beider Häuser ward 1802 die 1634 eingetragene und längst vergessene, aber nicht getilgte Note wieder aufgefunden und mit Erfolg geltend gemacht. — Solche Erfahrungen blieben nicht unbenutzt bei der Entwerfung der Stadtbuchs-Ordnung von 1818.

§. 10. Fortsetzung. — Einfluß der Stadtbuchs-Ordnung von 1818 auf die Eintragung von Servituten.

Gleich nach der ersten Vertreibung der Franzosen aus Lübeck im März 1813 war ein provisorischer Bürgerausschuß unter dem Vorsitz des Dr. Lembke eingesetzt,[83]) welcher nach der zweiten Vertreibung der Franzosen unter dem Namen „der von der Bürgerschaft ernannten Repräsentanten" mit Anerkennung des Senats auf's Neue in's Leben trat.[84]) Von diesen bürgerlichen Repräsentanten ging die erste Anregung

[81]) Vergl. C. N. Carstens, Beiträge II (1814), S. 83 ff.

[82]) Vergl. Pauli, Abhandlungen IV, Urk.-Buch A, Nr. 145, 163.

[83]) Vergl. Klug, Geschichte Lübecks während der Vereinigung mit dem französischen Kaiserreiche, Abtheilung II, S. 22.

[84]) Vergl. Sammlung der Lüb. Verordnungen Bd. I, S. 32 (unten).

aus zu der neuen Stadtbuchs-Ordnung,[85]) und zwar durch eine Eingabe vom 19. Januar 1815, unterzeichnet von Dr. Lembke, Dr. Steche, J. N. Stolterfoht, Souchay, N. H. Müller und Dr. Brehmer. Dieselbe klagt über die Ungewißheit, welche durch die bisherige Form der Führung der Stadtbücher über alle Pfandrechte gekommen sei und sagt dabei insbesondere über Servituten: „Sie halten Ihr Immobiliar-Pfand „für ein freies unbeschränktes Eigenthum; aber Tausende von „Noten im Stadtbuche können Ihnen zeigen, daß hier kein Gewürz„laden, dort keine Ellenhandlung getrieben werden dürfe, hier der Eigner „seinem Hause die ausschließliche Unterhaltung von Söten, Rinnen ic. „aufgelegt, dort dem Nachbaren Wasserläufe abgenommen und dergestalt „das Pfand um Tausende im Werthe verringert habe."

Die Folge dieser Eingabe war ein vom Senate ertheilter Auftrag zur Ausarbeitung einer neuen Stadtbuch-Ordnung, zunächst aber, um den in Betreff der Bestellung von Servituten empfundenen Uebelständen sofort abzuhelfen, ein provisorisches Decret an den Führer des Oberen Stadtbuches vom 7. August 1816, welches, so viel ersichtlich, nie gedruckt ist, vermuthlich, weil der erste Band der Lübeckischen Verordnungen erst 1821 erschien, damals aber der materielle Inhalt dieses Decrets bereits in §. 39 der Stadtbuch-Ordnung von 1818 vollständig aufgenommen war.

Es wird darin angeordnet:

„1) daß hinführo keine Note ohne Zuziehung und Vernehmung aller „dabei interessirten Parthenen zu verzeichnen, auch

„2) bei jeder Note der Tag und die Jahrszahl der Verzeichnung „genau anzuführen, und

„3) kein Extract und keine Nachweisung über Grundstücke oder Pfand„pöste ohne die hinzugefügten Noten ihrem ganzen Inhalte nach aus„zufertigen sei."

Nach Vollendung des Entwurfes der Stadtbuchs-Ordnung legte der Senat dieselbe der Bürgerschaft vor durch ein Decret vom 2. August 1817, worin zugleich Syndicus Dr. Curtius und Senator Dr. J. F. Hach als Commissarien für diese Angelegenheit bezeichnet waren. Weder aus diesem, die leitenden Grundsätze des Senats andeutenden Decrete, noch aus irgend einer Stelle der Verhandlungen ist ersichtlich, daß man dabei an die Nachahmung anderer Gesetzgebungen[86]) gedacht habe. Mit den

---

[85]) Die folgenden archivalischen Mittheilungen sind dem im Besitze der Lübeckischen Handelskammer befindlichen Archive der ehemaligen Schonenfahrer-Compagnie entnommen, welche bekanntlich bis 1848 die Leitung aller bürgerschaftlichen Verhandlungen hatte.

[86]) Die Bemerkung über das „Protokollschließen" in §. 35 zeigt Bekanntschaft mit „anderen Verordnungen über Schuld- und Pfand-Protokolle", aber nicht die Tendenz zur Nachahmung.

Ueberbleibseln des französischen Rechts aus den Jahren 1811 bis 1813 hatte man, soweit das Recht der Grundstücke in Betracht kam, schon durch die §§. 93—95 der Gerichtsordnung von 1814 aufgeräumt. Von einem etwa zu benutzenden inneren Werthe desselben konnte nicht die Rede sein, da für den Realcredit durch das heimische Recht, wie es vor 1811 hier gegolten hatte, ungleich besser gesorgt war. Die Trefflichkeit dieses alten heimischen Rechts ist in dem Eingange der von den Repräsentanten der Bürgerschaft gemachten Eingabe vom 19. Jan. 1815 ausdrücklich hervorgehoben, und in einem von Dr. Lembke erstatteten Gutachten (ohne Datum mit dem Archivzeichen Q. q. q. No. 55) wird auf S. 1—2 constatirt, daß der Antrag des Senates nicht auf das Recht, sondern nur auf die Form gehe,[87]) dagegen auf Seite 4—5 die Aufstellung des Princips vermißt: „daß Noten — falls sie das Geschriebene nicht bloß und einzig erläutern — nicht ohne Vorwissen des Senats (d. h. nicht ohne Verlassung, die nach anderen Stellen des Gutachtens nicht, wie vorgeschlagen, vor dem Obergerichte, sondern, wie bisher, vor dem ganzen Rathe geschehen sollte) „durch den Buchführer „in's Stadtbuch aufgenommen werden dürfen." Dr. Lembke, der Verfasser der Eingabe vom 19. Januar 1815 (in der sein Styl nämlich unverkennbar ist), der wahrscheinliche Anreger der ganzen Stadtbuchs-Reform, wollte also nicht etwa den Servituten nach römischer Lehre durch geheimen formlosen Vertrag dingliche Wirkung beigelegt wissen, sondern wollte umgekehrt, daß dazu eine einfache Note nicht genügen, sondern der Eintragung aller solcher Noten eine Verlassung der Servitut vorhergehen sollte. — Der Bericht einer bürgerschaftlichen Commission vom 23. Februar 1818 — unterzeichnet von Dr. Meyersieck, Kurtzhals, H. N. Elder, J. G. Havemann — fand (S. 5—6) diese Forderung des Dr. Lembke zu strenge, meinte vielmehr (hier wie auf S. 23 zu §. 39), daß die in §. 39 aufgenommenen Vorschriften des provisorischen Senatsdecrets vom 7. August 1816 genügten — und in diesem Sinne hat denn schließlich die Bürgerschaft der Stadtbuchs-Ordnung zugestimmt.

§. 11. Fortsetzung. Spätere Praxis.

An der hiernach durch die Stadtbuchs-Ordnung von 1818 nicht veränderten Regel über die Beurtheilung der dinglichen Wirkung von Servituten nach deutschem Rechte hat die Lübeckische Praxis bis zu den in neuester Zeit vorgekommenen Abweichungen, deren unten (§. 14) gedacht werden soll, festgehalten. So ward z. B. von dem Oberappella-

[87]) Von den Vorschriften, die nicht durch die neue Folienform bedingt waren, ist Manches (§§. 1, 4, 26, 28, 31, 43 alin. 3) der Stadtbuchs-Ordnung von 1637 und ihrem Nachtrage von 1647 entnommen.

tionsgerichte in den Entscheidungsgründen eines Urtheils vom 14. Januar 1847 über eine Fenster-Servitut ausdrücklich gesagt: „das Römische „Recht ist auf diese in so vielen deutschen Statuten vorkommende germanische Rechtsbestimmung nicht anzuwenden.“[88])

Als ein Zeugniß für die allgemeine Herrschaft des Gedankens, daß ohne Eintragung an die dingliche Wirkung einer nicht äußerlich erkennbaren Servitut nicht zu denken sei, wird auch der Umstand gelten müssen, daß in dem Berichte einer aus drei erfahrenen Juristen und drei mit Grundbesitz angessenen Kaufleuten in Lübeck zusammengesetzten gemeinschaftlichen Commission, welche aus volkswirthschaftlichen Gründen alle städtischen Servituten mit Ausnahme des Tropfenfalls und Wasserlaufs abgeschafft wissen wollte, als „einfachstes,“ mithin ihrer Meinung nach rechtlich wirksames Mittel am 9. November 1845 vorgeschlagen wurde, alle Stadtbuchsnoten über Servituten „zu verbieten und die bis jetzt „schon verzeichneten zu streichen.“[89]) — Wären sie der Meinung gewesen, daß dergl. Servituten auch ohne Eintragung dingliche Kraft erlangen

---

[88]) Vergl. Bruhn, Sammlung von Entscheidungen des O.-A.-Gerichts in Lübecker Sachen Bd. II, S. 521 (Hertel u. Leithoff). — Als angebliche frühere Abweichungen von der Regel, daß geheime Servituten nach Lübischem Rechte von einem späteren Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht anerkannt zu werden brauchen, sind in der unten (Note 114) erwähnten Sache: Sartori c. Freiherr folgende Fälle angeführt:

a) ein Erkenntniß des Wettegerichts vom 12. November 1751, ein Erkenntniß des Stadtgerichts vom 25. Mai 1830 und ein Erkenntniß des Stadt- und Land-Gerichts vom 29. Juli 1867, sämmtlich ergangen in Sachen der Domfischer gegen die successiven Eigenthümer einer an der Trave, der Effengrube gegenüber, belegenen Bleiche, auf der die Domfischer seit Jahrhunderten ihre Netze trocknen gegen eine an den Eigenthümer zu entrichtende Recognition. Diese Recognition war 1751 streitig und ward auf 1 Mark für jeden Fischer bestimmt, wogegen ihm das Recht zum Trocknen der Netze (was der Eigenthümer damals nur wegen Nichtzahlung der Recognition bestritt) zu gewähren sei. — Das Urtheil von 1830 sagt in seinen Entscheidungsgründen u. a., daß „Kläger“ (der Eigenthümer) „eingeräumtermaßen von seinem Verkäufer das den „Rechtstitel der Beklagten begründende Wetteprotokoll“ (nämlich das Erkenntniß vom 12. November 1751) „erhalten hat“. — Das in einem Räumungsprocesse ergangene Urtheil von 1867 ergiebt, daß dem damaligen Eigenthümer gleichfalls das Urtheil von 1830 bekannt gewesen ist. Es handelte sich also in diesen drei Fällen von einer Servitut, die dem neuen Eigenthümer des dienenden Grundstücks bekannt war und mithin von der aus der Zuschrift folgenden Präclusion nicht getroffen werden konnte.

b) ein Erkenntniß des Stadt- und Land-Gerichts vom 18. December 1868 und des Ober-Gerichts vom 17. Februar 1869: i. S. Vollert c. Ebgen über eine Wege-Servitut, die actenmäßig als solche äußerlich erkennbar war, also schon deshalb der Eintragung nicht bedurfte.

[89]) Vergl. den (als Manuscript) gedruckten Bericht der gemeinschaftlichen Commission zur Revision der statutarischen Nachbarrechte, vom 7. November 1845 (unterzeichnet von Syndicus Dr. v. d. Hude, Senator Roeck, D. H. Carstens, Dr. Th. Curtius, J. H. Evers, F. Levenhagen), S. 4.

könnten, so hätten sie dieses Mittel nicht für wirksam gehalten zur Durchführung ihres Vorschlages.

b) §. 12. — nach Hamburgischem Rechte, unter Vergleichung seiner Entwickelung mit dem Lübeckischen.

Bei der oben (§§. 1, 7, 8) mehrfach hervorgehobenen Verwaandtschaft des Lübeckischen und Hamburgischen Immobiliar-Sachenrechts ist es von Interesse, dem Ursprunge des Unterschiedes nachzuforschen, welcher hin sichtlich der Präclusion der dem neuen Erwerber eines Grundstückes nicht bekannt gewordenen Servituten jetzt in Hamburg gemacht wird zwischen den Fällen, in welchen das Grundstück öffentlich verkauft wird, und den unter der Hand abgeschlossenen Verkäufen. — Die älteren Commentatoren des Hamburgischen Rechts wissen noch nichts von einer solchen Unterscheidung. So sagt Bürgermeister Vincent Möller[90]) in der ersten seiner beiden Noten zu II, 8, 6: Quamvis de jure civili cessio et in jure et extra jus inter praesentes aut absentes per epistolam aut nuncios fieri possit (L. fin. ff. de cess. bonor.) secus tamen est de jure saxonico et in hoc jure municipali. Illo enim jure omne pactum reale, item omnes traditiones rei, super quas contrahitur, coram judicio fieri debent.[91]) Ein anderer Commentator, Bluhme[92]) erläutert zu I, 30, 3 (der den Lübischen V, 6, 1 wiedergiebt) den Inhalt der durch die rechte Gewere des neuen Erwerbers ausgeschlossenen Klagen dahin: Scil. ut actione reali adversus possessorem vel dominum rei uti nequeat.[93]) — Hiernach ist jede dingliche Klage, also auch die actio confessoria aus einer Servitut, ausgeschlossen, wie denn auch Bürgermeister Möller durch die Unterscheidung von omnes traditiones rei und omne pactum reale zeigt, daß nicht bloß das Eigenthum, sondern jedes dingliche Recht nur unter Voraussetzung der Oeffentlichkeit übergeht und dabei von anderen Ansprüchen befreiet wird. Ein dritter Commentator endlich, Müller, der als besonders erfahren gerühmt wird,[94]) gedenkt speciell der Servituten: „Die Guarantia erstrecket

[90]) Derselbe war Bürgermeister von 1599—1621 und Mitarbeiter am Hamburger Stadtrecht. Vergl. die Vorrede zur Ausgabe des Hamburger Stadtrechts von 1842, S. XV und XXVI Nr. IV.

[91]) Vergl. dieselbe Ausgabe S. 323.

[92]) Starb 1681 als Advokat in Hamburg. Vergl. die Vorrede zur gedachten Ausgabe, S. XXIX Nr. IX.

[93]) Vergl. dieselbe Ausgabe, S. 153 Sp. 2 Abs. 2.

[94]) Er war Actuar des Nieder-Gerichts und starb 1733. Die Vorrede der Ausgabe des Stadtrechts von 1842 sagt (S. XXXIII Nr. XXIII) von ihm, daß er „das „zu seiner Zeit übliche gerichtliche Verfahren genau kennen zu lernen und zu beachten „durch sein Amt veranlaßt werden mußte“.

„sich nicht nur auf Diejenigen, so das Erbe ex capite dominii, sondern „auch ex capite hypothecae sive servitutis anfechten könnten." [95])

Diese Präclusion der Servituten und überhaupt aller dinglichen Ansprüche an das verlassene Grundstück ist ja aber nach deutschem Rechte davon abhängig, daß der auszuschließende Berechtigte von der Verlassung des Grundstücks Kenntniß erhielt oder erhalten konnte. (Siehe oben §§. 6 u. 7) Die in Hamburg seit langer Zeit eingerissene Unbestimmtheit in der Form der Verlassungen indeß vermochte dieser Anforderung des Rechtes nicht mehr zu genügen. Baumeister sagt in seinem Hamburger Privatrechte (I, 132): „Die im Namen des Veräußeres gehaltenen Recesse „erwähnen weder den Acquirenten, noch enthalten sie eine nähere Be„zeichnung des Objectes", und illustrirt in dem von ihm verfaßten Berichte über den Entwurf eines Hypothekengesetzes [96]) die practische Bedeutung solcher Verlassungsform etwas kaustisch dahin: „Freilich erfährt „man z. B. von einem Häuserspeculanten nicht viel Neues und Alar„mirendes durch die stereotype Notiz: „„N. N. verläßt ein Erbe,"" d. h. „er würde nicht abgeneigt sein, irgend eines seiner Grundstücke zu ver„äußern, falls ihm binnen 6 Monaten ein guter Preis geboten wird." Schon Cropp hatte die Verkehrtheit einer so allgemeinen, den Anforderungen rechtlicher Oeffentlichkeit nicht mehr genügenden Form der Verlassungen in Hamburg gerügt mit der Bemerkung: „Weit zweckmäßiger ver„fährt man in dieser Hinsicht in Lübeck, wo in der Verlassungs-Audienz für „den Erwerber sowohl als für den Veräußerer ein Procurator auftreten und „die Verlassung in jeder Hinsicht genau und bestimmt angegeben werden „muß." [97]) Es konnte demnach in Lübeck vor der auch dort 1868 geschehenen Aufhebung der Oeffentlichkeit der Verlassungen Jeder, welcher einen Anspruch an das verlassene Grundstück zu haben vermeinte, sofort in der Audienz „Beispruch" einlegen, worauf ihm eine Frist von 14 Tagen zur Ausführung seiner Anfechtung im Gerichte erster Instanz gesetzt wurde. [98]) — War in solcher wohl geordneten Weise die Möglichkeit gegeben, jeden dinglichen Anspruch an das verlassene Grundstück rechtzeitig geltend zu machen, so war es auch gerechtfertigt, daß der Vorsitzende des Obergerichts durch die am Schlusse der Verlassungen ausgesprochene Bestätigung aller nicht angefochtenen Geschäfte — nach Art des alten

---

[95]) Vergl. Baumeister; Hamburger Privatrecht Bd. I, S. 149 Note 5.

[96]) Gedruckt in gr. 4to als Nr. 5 der Bürgerschafts-Verhandlungen vom Februar 1866, S. 7.

[97]) Vergl. Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen I, S. 406 Note 33.

[98]) Vergl. Lüb. Stadtbuchs-Ordnung von 1818, §. 36. — Diese Frist von 14 Tagen ward schon durch Conclusum Senatus vom 27. Mai 1581 eingeführt. Vergl. Dreyer, Einleitung S. 313—314.

Friedewirkens — alle nicht geltend gemachten Ansprüche an die verlassenen Grundstücke ausschloß, wie das auch noch jetzt hinsichtlich der gerichtlich verkauften Grundstücke durch die obergerichtliche Bestätigung der Subhastationsprocesse geschieht.

In Ermangelung einer solchen festen Ordnung der Verlassungen und Beisprüche hatten sich in Hamburg, wo überdies in Folge der dort schon im 16. Jahrhunderte stärker, als in Lübeck aufgetretenen Einwirkung des römischen Rechts stillschweigende und Privat-Hypotheken an Immobilien aufgekommen waren,[99]) zur Geltendmachung von Ansprüchen dieser Art seit dem Anfange des 17. Jahrhunderts die s. g. Impugnationen ausgebildet, welche Gries[100]) so beschreibt: „Es ward üblich, daß der „mit der Führung der Stadt-Erbe-Bücher beauftragte Secretär keine „Umschreibung vollzog, sobald irgend jemand vor ihm die, keine Förm„lichkeit irgend einer Art erfordernde Erklärung abgab, daß er dagegen „protestire, oder, wie man es nannte, impugnire. Der Secretär nahm „diese Impugnation zu Protokoll, und selbige mußte sodann freilich[101]) „— — — im Niedergerichte prosequirt und justificirt werden; allein bis „sie durch ein richterliches Erkenntniß cassirt oder freiwillig zurückgenom„men war, ward die Umschrift nicht vorgenommen."

Da nun diese Impugnationen auch zur Conservirung von geheimen Servituten gegen den neuen Erwerber des dienenden Grundstücks benutzt werden konnten und benutzt worden sind[102]), so erklärt sich, nachdem die Impugnationen als ein vielfach zur Chikane gebrauchtes Mittel 1802 aufgehoben waren, die Zulassung solcher geheimen Servituten gegen solche Eigenthümer des dienenden Grundstücks, die dasselbe unter der Hand gekauft hatten, aus diesem besonderen Gange der Hamburgischen Rechtsentwickelung. Es tritt das namentlich hervor aus den Gründen, welche in der Hamburgischen Sache Hudtwalcker c. Fischer und Sasse, worin es gerade um diese Rechtsfrage sich handelte, von dem Hamburgischen Niedergerichte durch Erkenntniß vom 23. October 1837 und von dem Lübecker Ober-Appellationsgerichte unter dem 30. März 1840 angeführt worden sind.[103]) Das Niedergericht hatte gesagt: daß, „wenn „auch in früherer Zeit die Anmeldung einer Servitut vor der Zu-

---

[99]) Vergl. die Abhandlung: „Zur Geschichte der Reception des römischen Rechts „in Lübeck und Hamburg" zu den Noten 76—80.

[100]) Vergl. Gries, Commentar zum Hamburger Stadtrecht Bd. I, S. 244.

[101]) Binnen Monatsfrist, wie Baumeister (Hamburger Privatrecht I, S. 132 unten) bemerkt.

[102]) Vergl. Baumeister, Hamburger Privatrecht I, S. 150 Note 9.

[103]) Vergl. Sammlung von Erkenntnissen des O.-A.-Gerichts in Hamburger Rechtssachen. Neue Folge, Bd. I, 1855. S. 172—182.

„schreibung des dienenden Grundstücks an dessen neuen Acquirenten zur „Conservirung ihrer Wirksamkeit gegen den Letzteren erforderlich gewesen „wäre, denn doch jetzt, nämlich seit der gesetzlichen Aufhebung der Im„pugnationen, jene Theorie schon deshalb nicht aufgestellt werden kann, „weil eine Anzeige an den Acquirenten, der vor der Zu„schreibung regelmäßig gar nicht bekannt wird, unthun„lich" ist.

Das Oberappellationsgericht hatte in Folge des Hamburgischen Grundsatzes von der durch duae conformes entstehenden Rechtskraft nur noch darüber zu entscheiden: „ob in Hamburg bis zum Jahre 1802 das „bis dahin dort üblich gewesene Impugnationsverfahren — auch zur „Erhaltung einer Prädial-Servitut selbst dann schlechterdings beobachtet „werden mußte, wenn das dienende Grundstück nur unter der Hand ver„kauft wurde." — Nach einer einleitenden Hinweisung auf das Römische Recht, welche durch Eichhorn's Ansicht über die Geltung desselben für Servituten motivirt ist, und daher jetzt, nachdem diese Ansicht von der neueren germanistischen Wissenschaft (siehe oben den Text zu den Noten 60, 61, 74—77) überholt ist, nicht weiter in Betracht kommt, wenden sich die Entscheidungsgründe (S. 177) zu den germanistischen Argumenten, und heben dabei hervor, daß das „allgemeine Princip des germanischen „Rechts, nach welchem Alles, was den Erwerb und den Verlust ding„licher Rechte betreffe, an die Bedingung der Oeffentlichkeit geknüpft „sei, — sich nicht aus der dafür angeführten Aeußerung des sogenannten „Vermehrten Sachsenspiegels ableiten" lasse. „Denn die darin aus„gedrückte Regel, daß, „wer bei einer Eigenthumsübertragung gegen„wärtig sei, und schweige, nun immer schweigen solle, „beruhet jeden„falls auf der Voraussetzung einer wahrhaft öffentlichen „Eigenthumsübertragung, wofür die Hamburgischen Ver„lassungen doch eigentlich schon lange nicht mehr zu halten „sind [104]); überdies aber liegt darin im Grunde nur so viel, daß Der„jenige, der das übertragene Eigenthum an sich bestreiten wolle, seinen „Einspruch bei der Uebertragung selbst nicht versäumen dürfe. Wer aber „nur eine Prädial-Servitut gegen ein benachbartes Grundstück zu haben „behauptet, der erkennt eben dadurch schon dieses Grundstück als ein „fremdes an, und hat demnach keine Veranlassung, dessen Uebertragung

[104]) Das ist der sachlich entscheidende Grund für die im germanistischen Sinne als Anomalie des jetzigen Hamburgischen Rechts anzusehende Regel, wonach bei Verkäufen unter der Hand Servituten durch die Umschrift des dienenden Grundstücks auf einen neuen Erwerber nicht untergehen.

„an einen anderen Eigenthümer zu bestreiten.[105]) Ganz entschieden kann „aber jenes Princip der Oeffentlichkeit in seiner Ausdehnung auf alle „dingliche Specialrechte keine unbedingte Rechtsnorm für das Hamburgische Statutarrecht abgeben, weil dieses letztere die Möglichkeit „stillschweigend entstandener Pfandrechte auch an Grundstücken noch ausdrücklich anerkennt.“ [106]) — Es folgt nun eine Reihe von Erörterungen, welche dem entscheidenden Grunde (siehe Note 104) gegenüber von geringerer Bedeutung sind. Am Schlusse heißt es dann (S. 181—182) noch:

„Nun haben zwar die Beklagten endlich auch noch die Analogie „Desjenigen, was vor dem Jahre 1802 (sowie auch jetzt noch) bei „öffentlichen Verkäufen eines dienenden Grundstücks wahrgenommen „werden mußte, für eine gleiche Anmeldungspflicht des Servituten-„Inhabers bei Privat-Verkäufen geltend machen wollen. Allein diese „Analogie ist darum nicht entscheidend, weil in der, jedem „öffentlichen Verkaufe vorangehenden Ankündigung des-„selben eine viel dringendere Aufforderung zu solchen An-„meldungen enthalten ist, als in der dem Privat-Verkaufe „noch folgenden und jetzt nur noch **scheinbar** öffentlichen Ver-„lassung des Grundstücks.“

Was hierin für die präcludirende Kraft öffentlicher Verkäufe den geheimen Servituten gegenüber in Betreff Hamburg's gesagt ist, gilt ja ganz ebenso, Wort für Wort, in Beziehung auf Lübeck, ist überhaupt weiter nichts, als Anerkennung der Fortdauer des allgemeinen germanischen Grundsatzes über den sofortigen Erwerb der rechten Gewere durch Adjudication (siehe oben §. 8). Wenn man daher unlängst in Lübeck diese in Hamburg anerkannte Wirkung der öffentlichen Verkäufe für eine auf Lübeck nicht anwendbare Singularität des Hamburgischen Rechts erklärt hat, so tritt hierin eine für das Lübeckische Rechtsleben recht bedenkliche Unbekanntschaft mit den Elementarbegriffen des den Zuständen der Heimath zum Grunde liegenden deutschen Rechts hervor.

Als allgemeine Regel des deutschen, nicht blos des Hamburgischen,

[105]) Dieser aus dem damaligen Stande der germanistischen Wissenschaft erklärliche Satz kann jetzt als Gegengrund nicht mehr in Betracht kommen, seitdem wir durch Laband's Forschungen (siehe oben den Text zu den Noten 60 und 61) wissen, daß auch Servituten durch die präcludirende Kraft der rechten Gewere beseitigt werden können.

[106]) Da dies für Hamburg allerdings relevante Argument für Lübeck nicht in Betracht kommt (siehe unten Note 114), so zeigt sich auch darin der Hamburgische Uebergang von Servituten auf den neuen Erwerber bei Verkäufen unter der Hand in Vergleichung mit dem Lübischen Rechte als eine Hamburgische Anomalie oder Singularität.

Rechts hat schon Cropp mit Beziehung auf öffentliche Bücher für Eigenthum und Pfandrechte das Princip anerkannt: „Wo nun aber diese Einrichtung besteht, da erfordert es der öffentliche Credit, daß nur solche „Rechte an der Sache gegen den dritten Erwerber geltend gemacht „werden können, die entweder aus dem öffentlichen Buche selbst zu „ersehen sind, oder die wenigstens von den Berechtigten zeitig angemeldet „werden, während ihm sein Recht in der vorgeschriebenen Form constituirt „wurde“ (Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen I, S. 388).

Welchen Einfluß die neueste Gesetzgebung in beiden Städten auf diese Materie geübt hat, wird unten (§. 15) erörtert werden.

c) §. 13. Nach Bremischem Rechte.

Nen man en mach wicbelde kopen, de ghene de dat vorkoft, de late it up vor deme richte to rechter dingtid dages, unde de ghenne de dat koft, de geve synen vrede wyn deme vogede unde den radmannen also des stades recht is. [107])

Aus diesen Worten der Bremischen Statuten von 1433 ersieht man, daß ihre ursprüngliche Grundlage dieselbe ist, wie diejenige des Rechtes der beiden anderen Hansestädte. Auch das Ord. 53 [108]) ist in solcher Richtung bemerkenswerth:

Wok en erve leet vor deme richte, de scal komen vor den rad myt deme gennen, deme he dat ghelaten heft, unde laten dat scriven in dat bok, dar men de schedinge des rades in scrift in deme jare unde dage alse dat ghelaten is. Besid he dat dar na jar unde dach sunder rechte bisprake vor rade ofte vor richte, des mach he geneten unde ane not bliven.

Aus den Worten: dat bok, dar men de schedinge des rades in scrift, ist ersichtlich, daß in Bremen nicht, wie in Lübeck und Hamburg seit dem 13. Jahrhunderte, ein besonderes Buch blos für die auf rechte Gewere an Immobilien bezüglichen Geschäfte existirte, wie es auch noch jetzt in Bremen kein solches Buch giebt. Die Einzeichnung in das allgemeine Urtheilsbuch diente in Bremen nur zur Bezeichnung des Anfangs der Beispruchsfrist. — Um dieselbe Zeit — gegen die Mitte des 17. Jahrhunderts — wo nach der oben in §. 7 gegebenen Darstellung in Lübeck und Hamburg die Beispruchsfrist als veraltet anerkannt wurde, und danach die rechte Gewere sofort mit der Umschrift im Stadtbuche eintrat, ward auch in Bremen das Bedürfniß gefühlt, der aus dieser langen Beispruchsfrist hervorgehenden Unsicherheit abzuhelfen, weshalb

---

[107]) Vergl. Oelrich's, Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der freien Stadt Bremen, S. 523 Ord. 49.

[108]) Vergl. daselbst S. 524—525.

für öffentliche Verkäufe durch eine Verordnung vom 21. Juni 1641 die durch die Erbe- und Handfesten-Ordnungen von 1833 und 1860 auf jede Veräußerung eines Grundstücks ausgedehnte sechswöchentliche Abkündigung eingeführt, oder, richtiger gesagt, von Neuem gesetzlich anerkannt wurde, sofern man mit dem gelehrten Verfasser des Deputationsberichts annimmt, daß sie schon früher bestanden habe.[109]) Diese Abkündigung ist Vorbereitung der Lassung in jeder Bedeutung dieses Wortes. Das Wort „Lassung" hat nämlich im Bremischen Rechte zwei Bedeutungen. Es bezeichnet

1) die formelle, vor der Behörde — jetzt dem Erbe- und Handfesten-Amte — vorzunehmende Handlung, welche nach dem System der Rechtsbücher des Mittelalters mit der Auflassung beginnt und mit dem Friedewirken schließt,

2) die Urkunde, welche über diese Handlung aufgenommen wird und den Mangel einer Eintragung in ein Grundbuch zu ersetzen bestimmt ist. Bei öffentlichen Verkäufen heißt diese Urkunde Anschlag.

Als Vorbereitung für die Handlung der Lassung nimmt die Abkündigung in dem rechtlichen Zusammenhange des ganzen Geschäfts etwa die Stelle ein, welche im Mittelalter dem Aufgebote des Frohnboten im Echtedinge zukam, dauert aber nicht wie diese, nur etwa eine Minute, sondern sechs Wochen, wurde während dieser Frist früher öffentlich angeschlagen und wird jetzt in öffentlichen Blättern bekannt gemacht, entspricht sonach in höherem Grade dem rechtlichen Erfordernisse der Oeffentlichkeit des ganzen Geschäfts.

Da die Lassung oder resp. der Anschlag als Urkunde dem Bremischen Eigenthümer dieselbe Sicherheit verschaffen soll, welche in Lübeck die Zuschrift im Oberen Stadtbuche gewährt, so ist ihr Inhalt belehrend für die Frage: ob nach den Grundsätzen des altsächsischen Rechts, worauf ja das Recht aller drei Hansestädte beruht, die rechte Gewere auch gegen unbekannte Servituten Sicherheit zu verschaffen bestimmt ist? In dieser Hinsicht ist sehr beachtenswerth das Verfahren, welches von der neueren Bremischen Gesetzgebung als ein seit Jahrhunderten in Bremen bestehendes vorgefunden ist und in dem erwähnten Deputationsberichte S. 9 folgendermaßen beschrieben wird:

„Wenn ein Immobile zum öffentlichen Verkauf gebracht werden soll, „mag dies nun auf dem executivem Wege oder freiwillig geschehen, so

---

[109]) Vergl. Deputations-Bericht zur Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833, S. 10 in fine. — Der Verfasser dieses Berichts ist jener Bürgermeister Dr. Duntze, dem Eichhorn in der Vorrede zur 2. Ausgabe seiner Einleitung in das Deutsche Privatrecht für die Belehrung dankt, welche er aus dessen Bemerkungen zur 1. Ausgabe geschöpft habe.

„geschieht zunächst die Abkündigung. Etwa in der Mitte der sechs„wöchigen Frist wird die Vermessung und Beschreibung des zu ver„kaufenden Grundstücks, welche die Grundlage des Anschlags ausmacht, „durch den Bauinspector und Baudiener an Ort und Stelle vorgenommen; „auch werden die früheren Documente, insofern dergleichen vorhanden, „dabei eingesehen nnd benutzt. Diese Beschreibung wird hiernächst nach „vorgängiger Ladung der Nachbarn vor dem dirigirenden Hänsegräfen „an Ort und Stelle vom ersten Obergerichts-Secretär verlesen und die „dabei über Gränzen, Servituten und dergl. vorkommenden Differenzen, „womöglich, in Güte geschlichtet, sonst aber unter Vorbehalt der Gerecht„same der Betheiligten das Erforderliche darüber in der Beschreibung „angemerkt. Der Anschlag wird hiernach ausgefertigt und sowohl an „dem Grundstücke als am Rathhause zu Jedermanns Einsicht und Nach„achtung angeheftet. Es hat also ein Jeder, der sich durch den Verkauf „überhaupt oder in der beabsichtigten Weise, namentlich in Beziehung „auf Gränzen, Gerechtigkeiten und Servituten in seinen Gerecht„samen gefährdet glaubt, hinlängliche Gelegenheit, dagegen sich zu „schützen, zumalen da die Verlesung und die Affixion des Anschlags so „früh geschieht, daß etwa noch vier Wochen von der Abkündigungsfrist „laufen. Wer also hierin etwas versäumt und dadurch in Nachtheil „geräth, mag die Folgen seiner Nachlässigkeit sich selbst beimessen und „kann sich nicht beschweren, da der unschuldige Dritte, welcher „unter gerichtlicher Auctorität nach einem öffentlichen An„schlage kauft, völlig sicher gestellt werden muß und nicht zu „befürchten haben darf, in Hinsicht des Inhalts des Anschlags, wonach „er kaufte, gefährdet zu werden. Und daher ist es denn sehr natürlich, daß „von jeher den öffentlichen Anschlägen eine gewisse Heiligkeit beigelegt „ist [110]), so daß man in Absicht auf Gränzen, Gerechtigkeiten „und Servituten sich schlechterdings nur nach demjenigen „richtete, was der Anschlag darüber besagte, ohne daß weiter „in Untersuchung kommen kann, ob auch dem Anschlage und „der darin enthaltenen Beschreibung in Beziehung auf die „erwähnten Gegenstände ein Irrthum zum Grunde liege, ob „eine darin dem Immobile beigelegte Gerechtigkeit dem„selben früherhin auch wirklich zugestanden, oder es mit „der darin nicht erwähnten Servitut wirklich belastet ge„wesen, u. s. w."

Auf S. 11 des Berichts heißt es: daß bei Veräußerungen unter der Hand die Abkündigung zwar sehr gewöhnlich sei, aber auch zuweilen

[110]) Wie in Lübeck dem Oberen Stadtbuche!

unterbleibe. — Den daraus hervorgegangenen, für den Realcredit bedenklichen Ungewißheiten abzuhelfen, betrachtete die Gesetzgebung als ihre Aufgabe. Da hierbei auch die Anmeldung oder Nicht-Anmeldung der Servituten Gegenstand der Erwägung gewesen, und der ersten Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 eine revidirte von 1860 gefolgt ist, so ist es auch für andere Gesetzgebungen belehrend, zu sehen, was die Bremische Gesetzgebung auf Grund längerer Erfahrungen und wiederholter Erwägungen in dieser Hinsicht für praktisch oder unpraktisch, was sie im Interesse des Realcredits für nöthig oder überflüssig erachtet hat. In Betreff der praktischen Leichtigkeit oder Schwierigkeit solcher Vorschriften fällt nämlich die Verschiedenheit der Formen, welche für die Veräußerung der Immobilien einerseits in Bremen, und andererseits dort, wo es Grundbücher giebt, vorgeschrieben sind, nicht erheblich ins Gewicht. Die hier und da wohl geäußerte Furcht vor „einer unzweckmäßigen Füllung des Hypothekenbuches"[111]) mag immerhin für das Folium des Grundstückes selbst in dem eigentlichen Hauptbuche begründet sein, falls dort umfängliche Beschreibungen stehen sollten. Begnügt man sich aber dort mit einer kurzen Hinweisung auf die betreffende Stelle eines Nebenbuches (wie dergl. doch wohl mit allen Hypothekenbüchern ähnlich verbunden ist, wie in Lübeck das Niedere Stadtbuch, resp. das Ober-Stadt-Buchs-Protokoll, mit dem Oberen Stadtbuche), so läßt sich nicht absehen, wie nicht dort Alles Platz haben sollte, was in Bremen auf einem Anschlage oder einer Lassung zu lesen ist.

Der erste Entwurf der Bremischen Erbe- und Handfesten-Ordnung hatte nun in §. 26 (Dep. Bericht S. 63) über die Servituten Folgendes vorgeschlagen:

„Nur diejenigen Gerechtigkeiten, Lasten und Servituten, welche als „solche in dem Anschlage und resp. der Beschreibung aufgeführt sind, „werden als zu der Zeit vorhanden angesehen; diejenigen also, welche „dem Grundstücke etwa zustehen, jedoch nicht erwähnt sind, gehen durch „diese Auslassung verloren, insofern nicht erwiesen werden kann, [daß „der Eigenthümer des belasteten Grundstücks die in Frage stehende Be- „rechtigung gekannt habe oder] die Localität beider Grundstücke und der „Augenschein das Vorhandensein der Servitut äußerlich nachweisen. Bei „Bauergütern genügt es indessen, wenn die auf denselben lastenden Ser- „vituten an Wegen, Gräben, Flethen u. dergl., sowie an verhältniß- „mäßigen Beiträgen zu Deichen, Dämmen, Sielen, Brücken und ähn-

---

[111]) Vergl. Baumeister im Bericht an die Hamburgische Bürgerschaft vom Februar 1866 (Nr. 5), S. 15.

„lichen Einrichtungen und ebenso die denselben zustehenden Gerechtigkeiten „im Allgemeinen vorbehalten werden.“

Die in [] eingeschlossenen Worte sind in §. 35 b) der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833, welcher diesem §. 26 des Entwurfes entspricht, weggelassen, so daß man also nur die objective äußerliche Erkennbarkeit der Servitut, und nicht schon die subjective Kunde des neuen Erwerbers, als genügend betrachtete für das Fortbestehen einer nicht (in den Anschlag) eingetragenen Servitut, offenbar mit Rücksicht darauf, daß auch das Interesse der Pfandgläubiger, welchen diese subjective Kunde etwa nicht beiwohnen möchte, in Betracht komme. — In §. 32 b) der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 dagegen hat man die Erhaltung der nicht eingetragenen und nicht äußerlich erkennbaren Servituten auch dann zugestanden, wenn „sie dem Erwerber bekannt sind“, weil nach dem Bremischen Handfesten-Rechte alle Pfandgläubiger von diesem neuen Erwerber ihre Rechte ableiten müssen und sich an ihn halten mögen.

Die Ausnahme in Betreff der ländlichen Servituten wird auf S. 100 der Motive so begründet:

„Es schien jedoch nothwendig, durch die Festsetzung am Ende des „§. 26 rücksichtlich der Bauergüter die Regel in etwas zu modificiren. „Bei diesen ist es nämlich höchst schwierig, ja fast unmöglich, alle „Servituten und Lasten detaillirt anzugeben. Wege, Fußpfade, Flethe „und Gräben, und deren Unterhaltung, sind in der Regel so mannig„faltig, so auch die Verpflichtung zur Unterhaltung von Befriedi„gungen, Dammstellen, Schlagbäumen u. s. w., daß es eine reine Un„möglichkeit seyn würde, einen vollständigen Catalogus derselben in „jedem einzelnen Falle aufzustellen. Andererseits bedarf es dessen auch „gar nicht für den Erwerber, da es für ihn offenbar genügt und er auf „keinerlei Weise in seinen Erwartungen getäuscht wird, wenn das Bauergut „in dieser Hinsicht so auf ihn übergeht, wie es der bisherige Eigenthümer „besessen, oder wie der Landesgebrauch des in Frage stehenden Districts „es mit sich bringt. Er kann und darf natürlich nicht darauf rechnen, „vor anderen in gleichen Verhältnissen stehenden Grundbesitzern Aus„nahmen oder Vorrechte in Anspruch nehmen und dadurch einen an sich „unrechtmäßigen Vortheil sich verschaffen zu wollen, daß diese oder jene „nach dem bisherigen Zustande oder dem Landesgebrauche dem Grund„stücke obliegende Last nicht speciell angegeben ist, so wie es ihm andererseits nicht schaden darf, daß eine nach Landesgebrauch demselben zu„stehende Gerechtsame nicht namentlich aufgeführt worden.“

Aus dieser Motivirung der scheinbaren Ausnahme sieht man, daß es dabei sich in der That nicht sowohl um eine Ausnahme von der Re-

gel der Präcludirung geheimer Servituten, als vielmehr nur eine andere Form der Erkennbarkeit dieser Lasten handelt. Sie sind erkennbar durch ihre Notorietät in der Gemeinde, als deren gegenwärtiges oder künftiges Mitglied jeder neue Erwerber des Grundstücks anzusehen ist. Daß die Bremische Gesetzgebung die Sache schließlich so aufgefaßt hat, zeigt sich in der später veränderten Systematisirung derselben. Von der Regel der Eintragung in den Anschlag sind nämlich nach §. 30 des Entwurfs (§. 36 der definitiven Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833) allgemein ausgenommen: alle dem Staate an dem Immobile zustehenden Realrechte und die darauf haftenden Communal- und Landeslasten. Die revidirte Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 hat nun diesen (in ihrem §. 33 sub d) die oben erwähnten ländlichen Servituten beigezählt, und dieselben in ihrem §. 32 b, wo von den speciellen Ausnahmen der Angabepflicht die Rede ist, weggelassen.

Wohl kaum eine andere neuere Gesetzgebung hat so viele Sorgfalt darauf gewendet, die Frage nach dem passiven Uebergange der Servituten auf den neuen Erwerber des dienenden Grundstückes so zu regeln, wie es zugleich den alten germanistischen Grundsätzen und den in jeder Zeit praktischen Rücksichten auf den Realcredit entspricht. Man kann daraus ersehen, daß die vermeintliche Schwierigkeit, welche die ländlichen Servituten dabei scheinbar darbieten, kein Grund ist, die Forderung der Erkennbarkeit als regelmäßige Voraussetzung für den Uebergang von Servituten vollständig aufzugeben, wie das bloß wegen der ländlichen Servituten anderswo befürwortet ist.

II. §. 14. Ein Blick auf die neueren Grundbücher anderer Staaten.

Dem Verfasser dieser Zeilen, welcher seit 1839 in Lübeck als practischer Jurist gelebt hat, ist nicht bekannt geworden, daß vor 1874 ein Versuch gemacht wäre, den Grundsatz des Römischen Rechts von dem unbedingten passiven Uebergange geheimer Servituten auf einen neuen Erwerber eines in das Obere Stadtbuch eingetragenen Grundstückes anzuwenden. Als 1874 zuerst dieser Gedanke in dem Kopfe eines jungen Advocaten auftauchte und gegen einen Mann, der sein Grundstück in öffentlicher Versteigerung gekauft hatte, geltend gemacht werden sollte, wies das Obergericht die Klage einfach deshalb zurück, weil die behauptete Servitut weder äußerlich erkennbar, noch eingetragen war. Das Ober-Appellations-Gericht bestätigt freilich aus anderen, in den besonderen Umständen des einzelnen Falles liegenden Gründen die Abweisung, sagte aber in den Entscheidungsgründen: „daß jedoch der Ansicht nicht „beigepflichtet werden kann, der erhobene Anspruch sei schon um deswillen „zu verwerfen, weil sich in dem Oberen Stadtbuche laut desfalsiger Nach-

„weisung bei dem Grundstück des Beklagten keine Clausel vorfindet, in„dem der in neueren Grundbüchern durchgeführte Gedanke einer vollstän„digen Beschreibung des Grundstückes mit sämmtlichen ihm zustehenden „Rechten und obliegenden Pflichten auf die älteren Grundbücher nicht „ohne Weiteres übertragen werden darf, und namentlich Dienstbarkeiten „und denselben ähnliche Rechte auch dann, wenn sie nicht eingetragen „sein sollten, nach lübeckischem in der Stadtbuch-Ordnung zuletzt umfas„send festgestellten (?!?), wie nach hamburgischem Rechte, ihr Dasein nicht „verloren haben, wie von Baumeister, Hamb. Pr. R. I S. 150—151 „Noten 9—11 unter Bezugnahme auch auf Präjudicien des OAGerichts „nachgewiesen ist." [112])

Diese Aeußerung des OAGerichts ist das Product des Zusammenwirkens von drei Unrichtigkeiten, indem

1) Die rechtsgeschichtliche Verschiedenheit des Bodens nicht berücksichtigt ist, auf dem einerseits die neueren Grundbücher der meisten deutschen Staaten erwachsen sind und andererseits die Stadtbücher von Lübeck und Hamburg ruhen.

Nachdem in den monarchischen Staaten Deutschlands das Immobiliarsachenrecht Jahrhunderte hindurch unter dem Einflusse des Römischen Rechts gestanden hatte, „erwarb sich J. H. Böhmer das Verdienst, den „Gegensatz der öffentlichen Hypothek des römischen Rechts von der deutsch„rechtlichen bestimmt hervorzuheben, indem er die letztere auf die gericht„liche Auflassung zurückführte und die Bedeutung des Instituts für den „Realcredit nachwies. In der That war dies der entscheidende Punkt „und das mit der Auflassung verbundene Buchwesen **nament„lich der Hansestädte** zeigte den Weg, auf welchem man bei der ver„änderten Gerichtsverfassung die Vortheile der früheren Einrichtungen „für die Gegenwart sich sichern konnte. Auch wurden jetzt in verschie„denen Ländern die Versuche, in dieser Weise das Hypothekenwesen zu „reformiren, häufiger, bis endlich in der preußischen Hypothekenordnung „vom 20. Dec. 1783 die moderne Rechtsentwicklung ihren bestimmten „Ausdruck und ihre systematische Ausführung fand. Die späteren Hypo„thekengesetze, wenn auch im Einzelnen mannichfach verschieden, sind doch „mehr oder weniger von dem Standpunkte der preußischen Gesetzgebung „ausgegangen" u. s. w. [113])

---

[112]) Vergl. Erkenntniß des O.-A.-Gerichts vom 15. April 1875 i. S. Wienholz und Meyer c. Kleinfeldt.

[113]) Vergl. Beseler, System des deutschen Privatrechts, §. 97 (Bd. II, S. 148 der ersten Ausgabe). Die Abstammung der neuen Grundbücher von den alten Stadtbüchern ist seitdem auch anerkannt von Stobbe (in Ihering's Jahrbüchern

Als die monarchischen Staaten Deutschlands in der so von Beseler u. A. geschilderten Weise bei den Hansestädten in die Schule gingen, mußten sie bei der Anlegung ihrer „neueren Grundbücher" natürlich darauf Rücksicht nehmen, daß der Grund und Boden, dessen rechtliche Verhältnisse in diesen Grundbüchern für die Zukunft klar gestellt und gesichert werden sollten, in Folge der langen Herrschaft des römischen Rechts von allerlei juristischem Unkraut, z. B. geheimen Traditionen, General- und Privat-Hypotheken, geheimen Servituten u. s. w. überdeckt sein mußte, und daß auch nach dem ersten durch Edictal-Citationen zu bewerkstelligenden Reinigungs-Processe die Bevölkerung bei der ihr bis dahin ungewohnten deutschrechtlichen Ordnung und juristischen Reinlichkeit festzuhalten war. Deshalb war dort „eine vollständige Beschreibung „des Grundstückes mit allen ihm zustehenden Rechten und obliegenden „Pflichten" eine Nothwendigkeit als Uebergang aus der alten Unordnung zur künftigen Ordnung, während in Lübeck dieselbe Maßregel, wenn man sie etwa in der Stadtbuchs-Ordnung von 1818 hätte treffen wollen, eine ganz überflüssige Pedanterei gewesen wäre. Denn in Folge des Lübeckischen Appellations-Privilegiums hatte ja die Frage nach den rechtlichen Wirkungen der Eintragung eines neuen Eigenthümers in das Obere Stadtbuch der romanistischen Beurtheilung des Reichskammergerichts niemals unterworfen werden können, und es hatte mithin der alte deutsche Grundsatz: daß jede solche Eintragung jede weder eingetragene, noch äußerlich erkennbare Servitut rechtlich vernichte, — in Lübeck niemals aufgehört zu gelten.

Wie nothwendig es ist, bei der Frage nach der Geltung oder Nichtgeltung eines solchen Grundsatzes in einem Lande und der analogen Berücksichtigung des gemachten Fundes für ein anderes Land sich den systematischen Zusammenhang gegenwärtig zu halten, worin die Beantwortung einer solchen einzelnen Frage mit der ganzen Geschichte und Dogmatik der bezüglichen Rechtsmaterie in jedem Lande steht, das erkennt man an einem späteren Falle, in welchem das O.-A.-Gericht sich für die Geltung der ganzen römischen Servitutenlehre in Lübeck, u. a. auch auf die in Emminghaus, Sächsische Pandekten Bd. V, Tit. 2 Nr. 105 und 109 bezeugte Sächsische Praxis berufen hatte.[114]) Schlägt

---

Bd. XII, S. 248) und dem Stadtgerichtsrath Achilles in Berlin (in Gruchot, Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, in besonderer Beziehung auf das preußische Recht. Dritte Folge. Jahrgang I, 1877. S. 8—17.

[114]) Vergl. Erkenntniß des O.-A.-Gerichts vom 13. Januar 1876 i. S. Sartori c. Freiherr. — In diesem Falle handelte es sich um eine 1860 durch formlosen Vertrag bestellte, nicht in das Stadtbuch eingetragene Fenster-Servitut, die nach §. 72 der Bau-Ordnung von 1854 durch Verjährung nicht erworben werden konnte und

man nun diese beiden Citate nach — so findet man, daß bei denselben die Berufung auf die Sächsische Decisio von 1746, I (abgedruckt daselbst S. 115 Nr. 54) von wesentlichem Einflusse gewesen ist. In dieser ist bestimmt, daß Eigenthum an Grundstücken in Sachsen nicht blos gerichtlich, sondern auch durch Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen erworben werden kann. In Folge der so sanctionirten romanistischen Abweichung von den Grundsätzen des deutschen Rechts ward denn auch in Sachsen die actio Publiciana zugelassen (daselbst S. 116 bis 117 Nr. 61 und 62) und einer außergerichtlichen Tradition von Immobilien dingliche Wirkung eingeräumt (Nr. 63). Was aus diesem abschüssigen Gange des Rechtslebens in Concursfällen an bedenklichen Consequenzen sich entwickelt hat, ist eben dort aus Nr. 81, 85, 86, 89 bis 93 ersichtlich. Daß man unter solchen Umständen in Sachsen consequenter Weise auch der römischen Servitutenlehre nicht verwehren konnte, den bereits gelockerten Bau des deutschen Immobiliarsachenrechts zu durchbrechen, ist eben so klar, als die Unstatthaftigkeit analoger Anwendung solcher Vorgänge auf das System des Lübischen Rechts, welches bis in die neueste Zeit hinein vor einer so starken Einwirkung römischer Grundsätze noch bewahrt geblieben ist.

2) Eine ähnliche bedenkliche Vermischung heterogener Rechtszustände liegt in geringerem Maßstabe auch darin, wenn man die Stadtbücher von Lübeck und Hamburg unterschiedslos als „ältere Grundbücher" zusammenfaßt, und damit die Anomalie des Hamburgischen Rechts, geheimen Servituten dingliche Wirkung gegen solche spätere Eigenthümer des dienenden Grundstücks einzuräumen, welche dasselbe unter der Hand gekauft haben, ohne Weiteres auf Lübeck ausdehnt, obgleich gerade die von Baumeister (I, 150 Note 9 ff.) erwähnten Präjudicien des O.-A.-Gerichts diese Anomalie ganz richtig auf einen Mangel des Hamburgischen Verlassungsverfahrens zurückführen, der nach Cropp's ausdrücklichen Worten in Lübeck nicht vorhanden war (vergl. oben §. 12).

---

deren Anerkennung deshalb von dem später durch gerichtliche Subhastation, bei welcher sie gleichfalls nicht angezeigt war, in den eigenthümlichen Besitz des dienenden Grundstücks gekommenen Beklagten verweigert, aber durch jenes Erkenntniß erzwungen wurde, obgleich dessen Entscheidungsgründe mit Rücksicht auf den gesetzlichen Ausschluß der Verjährung ausdrücklich anerkannten: „daß der Beklagte aus dem Vorhandensein „der klägerischen Fenster allein die Existenz der jetzt in Anspruch genommenen Ser„vitut noch nicht abzunehmen vermochte". — Der Gedanke an die Gefahren, welche aus Grundsätzen solcher Art, wie sie das höchste Gericht in diesem und dem oben in der Note 112 erwähnten Falle aufgestellt hatte, für den Realcredit entstehen können, — hat den Verfasser dieser Zeilen veranlaßt, in der gegenwärtigen Abhandlung den Beweis anzutreten, daß jene Grundsätze dem geltenden Rechte fremd sind.

3) Daß die Lübeckische Stadtbuchs-Ordnung von 1818 nicht so zu beurtheilen ist, wie die neueren Grundbuch-Ordnungen anderer Staaten, welche über die Wirkung der Eintragung oder Nicht-Eintragung von bestimmten Rechten etwas anordnen, daß das Recht darin gar nicht festgestellt, also auch nicht „umfassend festgestellt" werden sollte, daß man folglich aus dem Schweigen der Stadtbuchs-Ordnung über irgend eine rechtliche Regel nichts gegen die Geltung solcher Regel ableiten kann, ist oben (§. 10) aus archivalischen Acten gezeigt worden.

III. §. 15. Legislatorische Erwägungen.

Im Laufe des letzten Jahrzehends ist in den beiden Städten Hamburg und Lübeck das Immobiliarsachenrecht der Gegenstand legislatorischer Thätigkeit gewesen, die in beiden Städten aus ähnlichem Ursprunge hervorgegangen ist, aber bis jetzt nicht den gleichen Verlauf in beiden Städten gehabt hat.

Zu den Consequenzen der Grundsätze, auf welchen das Stadtbuchsystem in beiden Städten beruht, gehört es, daß die Verlassung auch auf Pfandpöste angewendet wird, also diese nicht mittelst Uebergabe eines cessiblen Papiers, sondern nur durch eine von den Contrahenten vor dem Buche abgegebene und angenommene Erklärung übertragen werden können. Obgleich nur durch diese Form der Uebertragung, deren große Vorzüge von den verschiedensten Seiten anerkannt sind,[115]) der neuerdings namentlich in Preußen im Interesse des Realcredits so lebhaft gewünschte Uebergang der Pfandschulden auf den neuen Erwerber des Grundstücks als allgemeine Regel bei dem Zwangsverkaufe processualisch durchführbar ist,[116]) so hat man doch bei der Nachahmung des hanseatischen Stadtbuchsystems in den anderen deutschen Staaten diese Anwendung der Verlassung auf die Pfandpöste — welche in den Hansestädten auch als Consensprincip bezeichnet wird — nicht mit herüber genommen, vermuthlich in dem Gedanken, daß ihre praktische Durchführbarkeit von der Concentrirung des bezüglichen Capitalverkehrs in einer und derselben Stadt, in welcher sich auch das Grundbuch befindet, abhänge. Den eingewanderten Bürgern der Hansestädte und solchen Einheimischen, die von ihrer Jugendzeit her lange auswärts gelebt hatten und später zurückgekehrt waren, erschien daher diese Form des Kapitalverkehrs ungewohnt. Dazu kommt, daß die Sicherheit und Klarheit, welche diese Form in den

[115]) Vergl. Reck, über das deutsche Credit- und Hypothekenwesen Bd. I, S. 84. — Mittermaier im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXXIII, S. 455. — Lührsen in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung Bd. I, S. 251.

[116]) Vergl. Glaser's Jahrbücher für Staatswissenschaft. 1868, Maiheft, S. 337 ff.

Verkehr mit Pfandpösten bringt, der Agiotage nur geringe Anknüpfungspunkte bietet, was, wenn auch in volkswirthschaftlicher und moralischer Hinsicht freilich ein großer Vortheil, doch natürlich Denen als ein Nachtheil erscheint, welche aus der Agiotage auch bei Pfandpösten Gewinn ziehen möchten. Aus diesen Umständen ging in beiden Städten eine Agitation gegen das bestehende Hypothekenrecht hervor, welche in Hamburg die Bürgerschaft bewog, am 9. November 1864 eine Commission mit Entwerfung eines Hypothekengesetzes zu betrauen, in Lübeck den Senat in demselben und dem folgenden Jahre veranlaßte, das Obergericht mit Entwerfung von Vorschlägen in Betreff einer Reform des Hypothekenwesens zu beauftragen. Unter dem Begriff einer „Reform" aber verstand ein unter dem Einflusse jener Agitation stehender großer und einflußreicher Theil des Publikums einen Verzicht auf die Anwendung des Consensprincips bei Veräußerung der Pfandpöste, d. h. auf einen Vorzug des Lübeck-Hamburgischen Hypothekenrechts, so daß das Obergericht befürchten mußte, vergeblich zu arbeiten, wenn es seine Vorschläge im Sinne einer wirklichen Reform machen würde. Es erbat sich daher durch einen Bericht vom 14. October 1865 zunächst eine Entscheidung über das bei der Arbeit zu befolgende Princip.[117])

Diese Entscheidung erfolgte erst durch einen Rath- und Bürgerschluß vom 18. März 1867 dahin: daß das Consens-Princip beibehalten und nur die sofortige Umschrift von Pfandpösten ohne vorherige[118]) Verlassung, sowie die Zuschrift von Pfandpösten an den Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks gestattet werden solle. Inzwischen hatte die Hamburgische bürgerschaftliche Commission im Februar 1866 einen auf denselben Principien beruhenden, gleich den sehr gründlichen Motiven von Baumeister ausgearbeiteten Entwurf eines Gesetzes über Grundeigenthum und Hypotheken drucken lassen, dessen Benutzung sich bei der großen Verwandtschaft des Rechtes beider Städte auch in Lübeck empfahl.

In den Motiven dieses Hamburgischen Gesetzentwurfes heißt es nach Erwähnung der allgemeinen für Eintragung der Realservituten sprechenden Gründe auf S. 16—17 sub Nr. 2:

„In Betreff solcher Dienstbarkeiten, welche mittelst einer sichtbaren

---

[117]) Da dieser Bericht durch seine Erörterung der volkswirthschaftlichen Verschiedenheit des städtischen und ländlichen Realcredits und seine Vergleichung des Lübeck-Hamburgischen Hypothekenrechts mit dem Bremischen und Mecklenburgischen immerhin auch außerhalb Lübecks von dauerndem Interesse sein könnte, ist er in die gegenwärtige Sammlung sub Nr. III aufgenommen.

[118]) Auf diesem Worte liegt der Ton, insofern die Verlassung damit aus der öffentlichen Audienz vor das Stadtbuch verlegt werden sollte.

„Vorrichtung ausgeübt werden (serv apparentes), belehrt den Erwerber „des damit behafteten Grundstücks nicht minder, wie jeden Anderen, der „Augenschein von deren Existenz, und bedarf es deshalb ebenso wenig „der Eintragung und Beschreibung in den öffentlichen Büchern, wie „einer sonstigen Veranstaltung, um ihn darüber zu instruiren. Hinsichtlich „aller übrigen ist aus praktischen Rücksichten zwischen dem öffentlichen „Verkauf des Grundstücks (gleichviel, ob freiwilligem oder nothwendigem) „und jeder Privatveräußerung zu unterscheiden. Bei der letzteren darf „man für die Sicherheit des Erwerbers darauf verweisen, daß nach der „Natur der Servituten nicht etwa ein unbestimmbar weiter Kreis von „möglicher Weise Berechtigten, sondern nur das in Frage steht, ob die „Benutzung durch Befugnisse der Nachbarn einer Beschränkung unter„liegt? Eine Erkundigung bei diesen wird darüber in der Regel so „sicher zum Ziel führen, daß es so wenig, wie bisher, der Vorschrift „besonderer Proceduren oder Präjudize bedarf, und für denkbare Aus„nahmsfälle die Evictionspflicht des Veräußernden ausreicht. Anders ist „dies bei Subhastationen, da den Reflectanten nicht zugemuthet werden „darf, durch vorherige Anstellung solcher Recherchen ihre Intentionen zu „publiciren; hier wird deshalb der gewohnheitsrechtlich feststehende Satz „beizubehalten und zu sanctioniren sein, wonach Ansprüche, die auch „gegen den Käufer Fortbestand haben sollen, insbesondere Servituten, „sofern sie nicht aus dem Hypothekenbuche zu ersehen sind, zum Verkaufs„protocoll angemeldet werden müssen."

Nach einer Erörterung über die Ansicht einer früheren Hamburgischen Commission, welche namentlich aus Rücksicht auf die Pfandgläubiger alle Servituten eingetragen wissen wollte, fahren die Motive auf S. 18 so fort: „Statt dessen liegt unserem Vorschlage die Unterscheidung zwischen „den sogenannten negativen Servituten und den übrigen zum Grunde. „Jene sind es, welche für die rechtliche Behandlung der Veräußerung „einer Parzelle des Grundstücks gleichstehen, indem durch ihre Constituirung „ein ideeller, wie dort ein materieller Theil des Eigenthums abgetreten „wird; sie gehören nicht zu den offensichtlichen, und können den Werth „eines Grundstücks erheblich verringern, wie z. B., wenn der Eigenthümer „sich des Rechts begiebt, dasselbe als Baugrund zu verwerthen, oder „sonstige im Begriff des Eigenthums enthaltene nutzbare Befugnisse „auszuüben. Aus Rücksicht auf den Acquirenten des Grundstücks, wie „auf die hypothekarischen Gläubiger erscheint es gerechtfertigt, die „Wirksamkeit solcher Servituten gegen sie von der Eintragung in die „öffentlichen Bücher, und zwar in Form einer Clausel, abhängig zu „machen. — Anders verhält es sich mit den nur die Ausschließlichkeit „der Benutzung des Eigenthümers beschränkenden dinglichen Rechten an

„seiner Sache. Von dieser partiellen Mitbenutzung, namentlich den „häufigsten Arten, wie Wegegerechtigkeit, Wasserleitung u. dergl. gilt die „Annahme, daß sie für das dienende Grundstück meistens von geringer, „für das herrschende dagegen von erheblicher Bedeutung und manchmal „unentbehrlich, so wie daß sie bei Besichtigung eines Grundstücks oft eben „so deutlich, wie dessen physische Qualitäten wahrnehmbar sind. Man „darf es für das kleinere Uebel halten, in diesem Punkte nichts an dem „Rechtszustande zu ändern, wie er seit Jahrhunderten ohne Nachtheil „bestanden, und kaum Streitigkeiten veranlaßt hat."

Diese Motive hatten in Hamburg zu dem §. 24 des Entwurfes und außerdem dahin geführt, in §. 74 (§. 71 des definitiven Gesetzes) als Vorbereitung des Subhastationsverfahrens, der bisherigen Hamburgischen Praxis entsprechend, vorzuschreiben, daß vor dem Verkaufstermine zu Protokoll zu geben seien:

„1) Die an dem zu verkaufenden Grundstück zustehenden, im Grund- „und Hypothekenbuch nicht verzeichneten dinglichen Rechte, insbesondere „Servituten, nur mit Ausnahme solcher, welche sich schon bei Ansicht „des Grundstücks augenscheinlich darstellen.

„2) Die Anzeige, daß ein mittelst des zu verkaufenden Grundstücks „im Verhältniß zu einem anderen Grundstück ausgeübter Besitzstand keine „Dienstbarkeit begründen könne, sofern derselbe nur auf ausdrücklicher „oder stillschweigender Vergünstigung beruht."

Der §. 24 des Hamburgischen Entwurfes ward in den Lübeckischen als §. 60 aufgenommen in folgender Fassung:

„Die Beschränkung des Benutzungsrechts, namentlich auch durch „Einräumung von Servituten, kann in einer dem Grundstücke anzu- „legenden Note anerkannt werden. Jedoch darf die Anlegung von Noten „solchen Inhalts nur mit Bewilligung Derjenigen geschehen, zu deren „Gunsten das Grundstück dinglich belastet ist.

„Dienstbarkeiten, durch welche dem Eigenthümer die Ausübung „eines ihm zuständigen Rechts entzogen wird, erlangen [, insoweit sie von „jetzt an bestellt werden und nicht durch gesetzliche Vorschrift (vergl. „Art. 13 der Verordnung vom 21. November 1859, die Ausübung ge- „wisser Gewerbe betreffend) auf eine blos persönliche Wirkung beschränkt „sind,] im Verhältniß zu jedem Nachfolger im Eigenthum und zu den „Inhabern dinglicher Rechte nur dann Wirksamkeit, wenn durch eine „dem dienenden Grundstücke angelegte Note ihre Anerkennung gesichert „worden ist."

Die hier in [ ] eingeschlossenen Worte befanden sich nicht in dem Hamburgischen Entwurfe. Die darin erwähnte Verordnung von 1859 hatte den früher in Lübeck sehr häufigen, die Ausübung gewisser Gewerbe auf

einem Grundstücke verbietenden, schon 1815 als ein Uebel (siehe oben §. 10) empfundenen Noten die dingliche Wirksamkeit genommen, woran zu erinnern praktisch rathsam schien. Des Weiteren war in Betracht zu ziehen, daß die zwingende Kraft der bisherigen gewohnheitsrechtlichen Regel der Eintragung von nicht äußerlich erkennbaren Servituten lediglich auf der ausschließenden Wirkung beruhte, welche die obergerichtliche Bestätigung der vor der Umschrift des dienenden Grundstücks auf einen neuen Eigenthümer erforderlichen öffentlichen Verlassung auf alle unbekannten dinglichen Ansprüche übte. Da nun aber der Entwurf des Gesetzes im Ganzen von dem Gedanken ausging, daß die Verlassung aus der öffentlichen Audienz des Obergerichts vor das Stadtbuch verlegt werden, der öffentliche Aufruf derselben und damit die Möglichkeit einer Wahrung der bisher nicht eingetragenen Ansprüche also wegfallen sollte, so entwickelte sich hieraus die Nothwendigkeit, die Eintragung von Servituten für die Zukunft ausdrücklich vorzuschreiben. Daneben noch für Subhastationen diese Vorschrift zu wiederholen, war in der That überflüssig. In Hamburg mag es deshalb geschehen sein, weil man dort schon vorher aus den oben (§. 12) erwähnten Gründen bei Verkäufen unter der Hand geheime Servituten gegen den neuen Erwerber zugelassen und dadurch das Publikum zu deren Anmeldung bei Subhastationen, (die ja vollständige Klarheit über alle Lasten des gekauften Grundstücks geben müssen und mithin die Ausschließung aller geheimen Lasten nothwendig mit sich bringen,) genöthigt hatte, folglich an solche Anmeldungen einmal gewöhnt war. Daraus ist es auch wohl zu erklären, daß man in Hamburg von den beiden, dieselbe Regel in verschiedenem Umfange aussprechenden Sätzen des Gesetz-Entwurfes (§. 24 al. 2 und §. 74 Nr. 1) nur den letzteren, als der bisherigen Praxis entsprechend, beibehielt, den §. 24 al. 2, welcher in dem definitiven Gesetze vom 4. December 1868 fehlt [119]), aber fallen ließ, weil man (aus den oben nach den Motiven S. 16—17 mitgetheilten Gründen) dafür halten mochte, daß bei Verkäufen unter der Hand die Erkundigung bei den Nachbaren und die Evictionspflicht des Verkäufers zur Sicherung des neuen Erwerbers gegen geheime Servituten genüge. —

In Lübeck ist der vom Obergerichte ausgearbeitete Entwurf einer Hypotheken-Ordnung [120]) mit dem dazu gehörenden Berichte vom 21. März 1868 zwar auf Befehl des Senats gedruckt und unter die Mitglieder der Bürgerschaft vertheilt, aber in seiner Totalität gar nicht zu ihrer

---

[119]) Vergl. Hamburgische Gesetz-Sammlung von 1868. Erste Abtheilung, S. 93.

[120]) Ihrem Inhalte nach hieße sie richtiger: Grundbuchs-Ordnung, da sie auch vom Eigenthum handelt.

Berathung verstellt. Man mochte fürchten, der oben erwähnten, noch nicht zur Ruhe gekommenen Agitation für eine zwar minder sichere, aber der Agiotage mehr förderliche Form der Pfandpöste neue Handhaben zu bieten. Man beschränkte sich deshalb darauf, die Grundsätze, über welche Senat und Bürgerschaft nach langen Kämpfen am 18. März 1867 einig geworden waren, in eine am 22. Juli 1868 erlassene Verordnung über Abänderungen der Stadtbuchs-Ordnung zusammen zu fassen, deren §. 1 so lautet:

„Die Verlassungen und Verpfändungen in den öffentlichen Audienzen „des Obergerichts, welche seither den Um- und Zuschriften im Oberen- „und Niederen-Stadtbuche, sowie sonstigen Eintragungen in diese Bücher, „vorhergehen mußten, sind fortan nicht mehr erforderlich. Die durch „den Hypothekenbuchsführer oder dessen Stellvertreter ohne vorgängige „Verlassung oder Verpfändung vor dem Obergerichte beschafften Ein- „tragungen in die obengenannten Bücher haben vielmehr künftig die- „selben rechtlichen Wirkungen, welche sie bisher nur dann erlangten, „wenn sie auf Grund einer solchen Verlassung oder Verpfändung be- „schafft waren."

Der §. 18 des Entwurfes, aus welchem man diesen §. 1 gemacht hat, lautete so:

„Die auf Grundlage einer vor dem Hypotheken-Amte geschehenen „Verlassung oder Verpfändung vorgenommenen Eintragungen in die „Hypothekenbücher haben in Zukunft, nach Maßgabe des gegen- „wärtigen Gesetzes, dieselben rechtlichen Wirkungen, welche sie bisher „nach vorhergegangener öffentlicher Verlassung oder Verpfändung er- „langten."

Indem die Worte des Entwurfes: „nach Maßgabe des gegen- „wärtigen Gesetzes" weggelassen wurden, ist übersehen, daß §. 60 des Entwurfes in Betreff der Servituten eine Vorschrift enthielt, welche ihnen gegenüber unentbehrlich war, wenn die Oeffentlichkeit der Verlassung, worauf sich der Ausschluß geheimer Servituten nach dem System des bisherigen Rechtes stützte, künftig wegfallen sollte. Da seit der Verordnung vom 22. Juli 1868 in Lübeck die nothwendige Voraussetzung solchen Ausschlusses nur noch bei öffentlichen Verkäufen vorhanden ist, so befindet sich seitdem das Immobiliarsachenrecht in Lübeck den Servituten gegenüber auf der abschüssigen Bahn zu jener Ungewißheit des Rechts, welche in Hamburg durch manche Processe die Sicherheit des Grundeigenthums beeinträchtigt hat. Zur Zeit steht es in Lübeck sogar noch schlimmer, insofern dort nicht einmal die gerichtlichen Käufer von Grundstücken sicher sind vor Entwerthung des gekauften Grundstücks

durch geheime Servituten, seitdem sich in Folge des oben in der Note 114 erwähnten Urtheils der Köpfe mancher dortiger Juristen die Vorstellung bemächtigt hat, daß die Sicherheit eines Mannes, der ein Grundstück gerichtlich gekauft hat, vor geheimen Servituten eine „Singularität" des Hamburgischen Rechtes sei.

Wenn die Lübeckische Gesetzgebung auf diesem Punkte helfend einzuschreiten sich beeilt, so holt sie nur nach, was sie bei dem Erlasse des Gesetzes vom 22. Juli 1868 außer Acht gelassen hat.

Abhandlung II.

Zur Geschichte der Reception des Römischen Rechts in Lübeck und Hamburg.

§. 1. Einleitung.

In Betreff der Reception des Römischen Rechts beruft sich Stobbe [1]) für Niedersachsen wesentlich auf Lappenberg's Aufsatz „Ueber die erste „Verbreitung der Kenntniß des Römischen Rechts in Niedersachsen und „anderen nördlichen Ländern." [2]) Seit der Veröffentlichung dieses Lappenberg'schen Aufsatzes aber ist ein reicher Schatz von Quellen zu Tage gefördert, deren Inhalt wohl zu einer Revision gangbarer Ansichten über diesen Gegenstand auffordern kann. Wenn dabei im Folgenden auch nur auf die Urkundenbücher der Stadt und des Bisthums Lübeck und auf Pauli's Mittheilungen aus den Lübeckischen Stadtbüchern hingewiesen wird, so liegt doch auf der Hand, daß die sich daraus ergebende Ausbeute nicht blos für Lübeck wichtig ist. So sagt z. B. Stobbe [3]): „Besonders fühlbar war der Mangel an ausreichenden Bestimmungen in „den Städten, in welchen mit dem Aufblühen des Verkehrs, Handels „und Gewerbes die bisherigen einfachen Grundsätze, welche ein den „Ackerbau treibendes Volk zur Voraussetzung hatten, nicht mehr genügen „konnten. Der Handel und das Vertragsleben verlangte neue, subtilere „Rechtssätze und es mußte das bisherige Recht gemäß den neuen Lebens„verhältnissen umgestaltet werden." — Wäre das in diesen Worten angedeutete Verhältniß zwischen der Reception des Römischen Rechts und dem Aufblühen des städtischen Handelsverkehrs in der Natur der Sache mit innerer Nothwendigkeit begründet, so könnte nicht in Lübeck das

---

[1]) Vergl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. I, S. 611, 627 Note 54.

[2]) Abgedruckt in Hugo's Civilistischem Magazin Bd. VI, S. 198—227.

[3]) a. a. O. Bd. I, S. 637.

Verhältniß ein völlig umgekehrtes sein. Die Literatur des Handelsrechts hat als das älteste Werk deutschen Ursprungs über diesen Gegenstand den von dem Lübeckischen Bürgermeister Johann Marquard 1662 herausgegebenen Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari verzeichnet, welcher allerdings wesentlich auf Römisches Recht und auf die romanistisch gerichteten italienischen und deutschen Praktiker des 16. und 17. Jahrhunderts gestützt ist. Wie es aber damals in Lübeck mit dem Handel aussah, zeigt die hinter der Ausgabe des Stadtrechts von 1728 auf S. 118—120 abgedruckte „Notification wegen des Commercii und der Manufacturen" vom 30. Juli 1670, worin nach Erwähnung der aus der Lage Lübecks für den Handel sich ergebenden Vortheile geklagt wird: „Als aber nichts„destoweniger in denen nechst-passirten Jahren in der That sich be„funden, daß Handel und Wandel nicht mit solcher Frequentz, als vor „diesem, getrieben — — worden." — Jene vergangene Zeit, auf die solches traurige „vor diesem" paßte, lag damals schon über ein Jahrhundert zurück. Von dem Ende des 13. bis in den Anfang des 16. Jahrhunderts war Lübeck der Mittelpunkt eines Handelsverkehrs, dessen Bedeutung und weite Verzweigung aus den in den letzten Jahrzehenden veröffentlichten Urkunden anschaulich hervortritt, während gleichfalls aus Urkunden ersichtlich ist, daß Lübeck eben damals weit und breit als eine Hüterin des Rechtes anerkannt war, daß eben diese Stadt schon im 13. Jahrhunderte darauf bedacht war, gelehrte, des fremden Rechtes kundige Juristen in ihren Dienst zu nehmen, — daß man aber dem Inhalte dieses fremden Rechtes nur sehr vereinzelt einen geringen Einfluß auf den heimischen Verkehr gestattete. Auch das Motiv solcher Abneigung läßt sich hier und da erkennen. Betrachten wir zunächst den

§. 2. Geschäftsverkehr Lübecks im Mittelalter.

1) Das Urkundenbuch der Stadt Lübeck bringt in Bd. III, sub Nr. 39 (S. 35—37) vier kaufmännische Geschäftsbriefe in lateinischer Sprache aus dem Ende des 13. Jahrhunderts, deren erster den Empfänger beauftragt, in Lübeck französisches Geld (grossos thuronenses antiquos) anzukaufen, mit der Bemerkung, daß der Briefsteller nächstens nach Utrecht reiten wolle. Der vierte Brief giebt Rechenschaft über Rimessen in reinem Silber nach Lübeck und Flandern und über Verschiffungen von Kupfer und Wachs nach Flandern und Elbing. — Der Bd. IV bringt sub Nr. 641—644 (S. 725—728) vier Privatbriefe von 1396, theils kaufmännischen, theils persönlichen Inhalts, in niederdeutscher Sprache, deren zweiter aus Stralsund datirter, eine Roggenladung ankündigt für Rechnung des Johanniter-Ordens („dat gi des meysters van zunte

Johans orden, her Detlefs van Walmen, zyn beste hir ane kesen“ [4]), als Rückfracht eine Ladung Salz bestellt und für deren etwaigen Mehrwerth die Deckung auf dem Wege des Wechselverkehrs in Aussicht stellt (zo schole gi dat vinden by Vrydaghe, wesseler thome Zunde, XIIII daghe na zunthe Jacobs daghe).

2) Daß und weshalb der Briefsteller aus dem Ende des 13. Jahrhunderts käufliche Vorräthe französischen Geldes in Lübeck voraussetzen konnte, sieht man aus Bd. I Nr. 600 (S. 540–541) des Urk.-Buches der Stadt, einem Privilegium des Königs Philipp IV. von Frankreich vom 19. März 1293, worin den mit deutschen Waaren auf die Messen in der Champagne ziehenden Lübeckischen Kaufleuten Befreiung vom Wegegelde bei Bapaume zugesichert wird.

3) Was den Wechselverkehr Lübecks im Allgemeinen betrifft, so ist aus den von Pauli (Lübeckische Zustände I, S. 121—147. II, S. 98 ff.) gemachten Mittheilungen bekannt, daß diese Stadt bis in das 16. Jahrhundert hinein der allgemeine Wechselplatz des Nordens war, daß man hier Wechsel kaufte auf Brügge, Antwerpen, Cöln, Danzig, Riga, Schonen, Stockholm, Prag, Frankfurt, Nürnberg, Basel, Venedig, Padua, Florenz und Rom, — daß deshalb die Häuser Medici und Fugger in Lübeck ihre Commanditen hatten, mit deren Hülfe u. a. die päbstliche Curie ihre Einkünfte aus dem Norden in Wechseln auf Lübeck einzog.

§. 3. Lübeck als Hüterin des Rechts.

Daß viele Städte mit Lübischem Rechte bewidmet worden und daß von allen diesen Städten aus die Berufung an den Oberhof nach Lübeck gegangen sei, ist seit langer Zeit sehr bekannt gewesen. Mit welchem Eifer man aber es in Lübeck sich hat angelegen sein lassen, des Rechtes zu pflegen, das ist der heutigen Generation erst durch die Mittheilungen des Urkundenbuches zur Kunde gekommen.

1) Gar merkwürdig ist in dieser Beziehung eine undatirte, nach Ansicht der Herausgeber um 1290 aufgenommene Urkunde (Bd. III, Nr. 30, S. 28—30), die folgenden Hergang berichtet.

Einem Lübecker waren in Segeberg Pelzwaaren von einem Hamburger entwendet. Er verfolgte den Dieb nach Hamburg, wo das gestohlene Gut entdeckt wurde, und zwar durch Haussuchung. Als die Nachricht davon nach Lübeck kam, scheint man daran Anstoß genommen

[4]) Diese noch im heutigen kaufmännischen Briefstyl nachklingende Wendung erinnert an die Worte des Art. 2 Tit. 3 Lib. III des Lübischen Stadtrechts von 1586 „Würde aber einem Waare, Gut oder Geld vertrauet, damit sein Bestes zu wissen“.

zu haben, da die Recensionen des Lübischen Rechts aus dem 13. Jahrhunderte der Haussuchung noch nicht gedenken. Erst in der Bursprake von 1404 kommt sie vor unter Formen, die nach Dreyer's Meinung aus dem Nordischen Rechte stammen.[5]). — Was geschah nun? Die Urkunde erzählt: Ad hec acta domini consules de Lubeke quosdam de consilio cum advocato et suis civibus Hamburg destinarunt causam peraudiendo, taliter quod suo concivi plene fieret justicie complementum et injusticia nulla fieret deprehenso. Wie ernstlich es mit den letzten, in der Anrede der Deputirten an den Hamburgischen Rath wiederkehrenden Worten gemeint war, zeigt der nachher berichtete Antrag der Lübecker, daß dem Hamburgischen Diebe ein Vertheidiger bestellt werde, was vorher nicht geschehen war. Ich lasse die ganze, auch für die Geschichte des altdeutschen Strafprocesses interessante Urkunde in der Beilage 1 abdrucken.

2) Die wohlverdiente Folge solchen Eifers für die Gerechtigkeit war das den Lübeckern sich zuwendende allgemeine Vertrauen zu ihren Richtersprüchen. Zu Ende 1293 oder zu Anfang 1294 richteten die Städte Rostock und Wismar gleichlautende Aufforderungen an eine Menge deutscher Städte, mit einer Veränderung des Berufungsrechtes von dem Hofe der Deutschen zu Nowgorod, — von wo bis dahin die Berufung nach Wisby gegangen war, — sich einverstanden zu erklären nämlich dahin: ut si aliquis mercator in eadem curia se in suo jure gravatum cognosceret, vel sentiret, quod pro recuperatione sui juris ad nullum alium locum preterquam ad Civitatem Lubicensem respectum habere debeat et recursum.[6])

3) Nicht blos bei den verbündeten Städten zeigte sich solches Vertrauen zu den Richtersprüchen des Lübecker Raths. Zwei Menschenalter nachher verwies Kaiser Carl IV. in Ermangelung eines ständigen Reichsgerichts und genügender Muße[7]) Privatstreitigkeiten, derentwegen man ihn als höchsten Richter angerufen hatte, zur Entscheidung nach Lübeck. Das geschah am 18. April 1361 in Betreff eines Streites zwischen der Stadt Eimbeck und dem Göttinger Bürger Wilhelm Rothe, und am 17. September 1367 in Betreff eines Streites zwischen den Herzogen

---

[5]) Vergl. Dreyer, Einleitung. S. 398—400. — Cropp in Hudtwalder und Trummer, Criminal-Beiträge Bd. II, S. 359—362.

[6]) Vergl. diese Zuschriften mit den zustimmenden Antworten im Urkundenbuche der Stadt Lübeck Bd. I, S. 553—557, 559, 566, 567, 568, 571, 572, 574—578, Bd. II, S. 72.

[7]) Dieser Grund wird in dem kaiserlichen Schreiben vom 13. April 1361 ausdrücklich angegeben: „seint wir zu diesen ezeiten von mircklicher ummuez das „heyligen reichs nicht mugen dar zu vorstan“.

von Pommern, Bogislav dem Aelteren einerseits, und Wratislav dem Aelteren und Wratislav und Bogislav den Jüngeren andererseits.[8]) In Betreff der Strafjustiz ging dieser Kaiser noch weiter, indem er durch einen Erlaß vom 23. März 1374 die jeweiligen Bürgermeister von Lübeck zu Reichsvikaren in Sachen des Landfriedens für den ganzen Umfang des Reiches ernannte. Wesentlich bestimmend wird dabei die Machtstellung gewesen sein, welche die Hansa durch den Stralsunder Frieden von 1370 erlangt hatte. Aber es liegt in den Worten: vber sie richten oder anders mit yn tun, nach dem als sie mit irer vbeltat haben verwirket, wie ir des czu rate wirdet doch auch eine Verleihung der Strafgerichtsbarkeit über das ganze Reich mit Einschluß der Vollstreckung und des Begnadigungsrechts.[9])

Daß dieser Erlaß nicht auf einem individuellen Einfall des Kaisers Carl IV. beruhte, sondern nur in förmlicher und feierlicher Weise den Gedanken Ausdruck gab, welche damals weit und breit in Norddeutschland über Lübeck im Volke lebten, zeigen verschiedene Rechtsfälle, deren einzelne hier erwähnt werden mögen.

a) Der Brudersohn eines Bürgers von Soest war in Preußen gestorben und seine Erbschaft ward von dem Hochmeister des deutschen Ordens zurück gehalten. In Folge davon wendete sich im Interesse des Soester Bürgers der Graf Gottfried zu Arnsberg als Marschall von Westphalen unter dem 18. Juni 1369 nach Lübeck mit dem Antrage: dat ghy willen underrychten unde vormanen den homester van Pruzen, dat hey eme dat vorghenande gud, dat hey eme mer dan veyr jar enthalden hevet, noch volghen late.[10])

b) Der Knappe eines mecklenburgischen Landesherrn, Johann's V. von Werle, war in Rostock gewaltsam festgehalten. Der Landesherr wendet sich dieserhalb in einem Schreiben aus Güstrow (ohne Jahr, vermuthlich 1370) an den Rath von Lübeck: cum — vos ad justiciam inclinati sitis et ad fidem veritatis jurati, rogamus discrecionem vestram instanter precibus obnixis deprecantes, quatinus illi pauperi detento dignemini de sua violencia et injusticia condolere, ipsum in sentenciis per vos diffiniendis promoventes justicie et amoris

---

[8]) Vergl. Urkundenbuch der Stadt Lübeck Bd. III, S. 403—404, 409—414, 668 bis 669, Bd. IV, S. 84.

[9]) Der merkwürdige Erlaß ist, wie Dreyer, Einleitung S. 398 (oben) erwähnt, schon im vorigen Jahrhundert zweimal abgedruckt in Sammlungen, die wenig bekannt sind, wie denn auch das Lübeckische Urkundenbuch, welches ihn in Bd. IV, S. 228 bis 229 nach dem Original gebracht hat, nicht in vielen Händen sein dürfte. Ich lasse ihn deshalb als Beilage 2 daraus abdrucken.

[10]) Urkundenbuch der Stadt Lübeck Bd. III, S. 747–748.

nostri sub respectu, cum nihil nos ad hec moveat, nisi pura caritas justicie.[11])

c) Otto Schacht hatte in Oldesloe von einem dortigen Bürger, Heyno Molner, ein Pferd entliehen und war darauf nach Hamburg geritten. Weil er aber vorher dort verfestet war, so ward er von den Dienern des Hamburger Raths verhaftet, wobei man das Pferd als gute Beute behielt. Der Bürger von Oldesloe klagte nun gegen den Rath von Hamburg bei dem Rathe von Lübeck. Dieser theilte die Klage dem ersteren mit und der Rath von Hamburg ließ sich auf dieselbe ein und bat um deren rechtliche Entscheidung durch den Rath von Lübeck.[12])

Wie stand man denn nun in der Stadt, welche so von allen Seiten als ein Hort der Gerechtigkeit betrachtet wurde, zu den fremden Rechten?

§. 4. Verhältniß Lübecks zu den fremden Rechten im Mittelalter.

Schon Lappenberg hat in seinem oben erwähnten Aufsatze (S. 201, 204) für das dreizehnte Jahrhundert den Besitz von Quellen des fremden Rechts bei nordischen Bischöfen nachgewiesen. Aber nicht nur Besitzer von Quellen, sondern auch Kenner des fremden Rechts fanden schon um jene Zeit sich im Norden. Dahlmann, (Geschichte von Dänemark I, S. 425 Note 1) nennt unter den Zeugen eines 1295 abgeschlossenen Waffenstillstandsvertrages zwischen Dänemark und Norwegen einen Juris Civilis Professor und erwähnt eben dort, daß von dem 1289 zum Erzbischofe von Lund erwählten Johann Grand ein metrischer Lebensbeschreiber sage:

inventus vix talis
Artium et jurium professor aequalis.

Bei ihrem vielfachen Verkehr mit dem Norden, wo ihnen solche Leute in Verhandlungen gegenüber treten konnten, und bei den auch in

---

[11]) l. c. S. 827.

[12]) Urkundenbuch der Stadt Lübeck Bd. IV, S. 823—824. Die Sache ist auch in materieller Hinsicht interessant als Illustration der Gewere an fahrender Habe. In der Vernehmlassung des Hamburger Rathes heißt es nämlich: dat Otto Schacht was unze vorvestede man, des bevůle wy unzeme voghede unde zynen kumpanen, unzen deneren, dat ze scholden riden na deme zulven Otten, unde scholden eme hinderen uppe zyn recht. Des hindereden ze ene mit eneme perde unde brachten ene uns darmede, unde heft de zulve Heyne zyn perd weme ghelenet, also he scrivet, des hope wy, dat he dat von deme wedder eschen schole, vnde nicht van uns, unde unze voghet unde zyne kumpane dat perd van rechts weghene wol beholden moghen. — Wie der Lübecker Rath die Sache entschieden hat, ist aus dem Lübecker Urkundenbuche nicht ersichtlich.

der Heimath erforderlichen Verhandlungen mit geistlichen Behörden mochten die Lübecker das Bedürfniß gefühlt haben, für dergleichen Verhandlungen des gelehrten Beistandes nicht zu entbehren. Schon 1250 sandten sie deshalb den magister Conradus Pictor als ihren nuncius et procurator in Lombardiam ad inveniendum hominem peritum in jure civili et canonico.[13]) Seit jener Zeit unterhielt die Stadt am Sitze der päpstlichen Curie, als dem Mittelpunkte geistlicher Gerichtsbarkeit, einen ständigen Agenten (procurator), von dessen Thätigkeit das Urkundenbuch der Stadt in einer Reihe von Berichten Kunde bringt,[14]) deren Inhalt nicht immer geeignet war, bei den Empfängern die Vorstellung zu begründen, daß auch dort die in der Heimath so sehr geschätzte Gerechtigkeit herrsche. So sieht man z. B daraus, daß mehrfach benachbarte Klöster und Domkapitel päpstliche Erlasse erwirkt hatten, wodurch alle von denselben vorgenommenen früheren Veräußerungen für nichtig erklärt wurden, und daß der Lübeckische Agent Mittel gefunden hatte, von solchen Erlassen Kunde zu erhalten und seinerseits päbstliche Erlasse zu erwirken, in welchen ausgesprochen wurde, daß jene früheren gegen Lübeck, seine Bürger und Stiftungen nicht sollten geltend gemacht werden können.[15]). Es war eben die Zeit, in welcher Dante seine Divina Commedia schrieb mit ihren Klagen über die Käuflichkeit der römischen Curie.

Neben solcher gelegentlichen Wahrnehmung der künftigen und indirecten städtischen Interessen war die in den Berichten erwähnte Aufgabe dieser Agenten die Betreibung der für die Stadt oder deren Stiftungen in Rom anhängigen Processe, zu deren Führung schon im 13. Jahrhundert man einen festen Beamten anzustellen beflissen war. Die bei von Melle[16]) mitgetheilte Reihe Lübeckischer Syndici beginnt 1299 mit M. Johannes

---

[13]) Urkundenbuch der Stadt Lübeck Bd. II, S. 19 Nr. 25. Diese Urkunde ist ein an den Rath von Lübeck gerichtetes Schreiben der Prioren zweier Klöster in Padua, worin erzählt wird, daß und warum die beiden für die Stadt angeworbenen Rechtsgelehrten nicht hätten kommen können. Der Grund ist von Interesse für die damaligen Zustände in Italien.

[14]) Vergl. z. B. folgende Urkunden, in denen nicht bloß Berichte, sondern auch die Resultate der Thätigkeit des Agenten vorliegen. Bd. I, Nr. 319, 548, Bd. II, Nr. 32, 106, 208, 366, 423, 442, 447, 823, 830, 831, 833, Bd. IV, Nr. 37.

[15]) Die finanzielle Seite solcher geschäftlichen Thätigkeit jener römischen Agenten wird illustrirt durch zwei Schreiben eines Bankiers aus Brügge von 1299 und 1301 (Urkundenbuch der Stadt Lübeck Bd. III, S. 47—48), aus denen man beiläufig auch den damaligen Wechsel-Cours von Lübeck auf Brügge und von Brügge auf Rom erfährt, — und aus einer, schon italienisch geschriebenen, Abrechnung eines römischen Bankhauses vom 1. October 1310 (daselbst Bd. II, S. 234—235).

[16]) von Melle, Gründliche Nachricht von Lübeck. 3. Ausgabe, 1787, S. 88 ff.

Felix, dessen selbstverfaßte, in Lübeck am 2. Februar 1299 ausgefertigte Bestallung der erste Band des Urkundenbuchs (Nr. 692) bringt. Danach hat dieser Mann, welcher daneben noch Probst von Coswig und Canonicus zu Magdeburg war, für ein Jahrgehalt von 20 Mark Lübisch folgende Verpflichtung übernommen: Causas equidem ipsorum favebo et in illis pro ipsis allegabo, pape curiam, imperatoris et regis romanorum: alios magnates et loca pro eis in ipsorum legacionibus adibo cum fuerit oportunum, et ad vocacionem ipsorum ad eos declinabo, dummodo mihi per eos hoc tempestive fuerit nunciatum. Nicht mehr selbstverfaßt, sondern im Namen des Rathes ausgestellt waren die Bestallungen für M. Ditmar Schulop vom 18. Juni 1321 (Urkundenbuch Bd. II, Nr. 419) und für M. Willekinus Beverstedt vom 1. November 1341 (daselbst Nr. 731). Jedem derselben wird ein Jahrgehalt von 40 Mark Lübisch zugesichert, und zwar dem Schulop: pro eo quod tempore vite sue nostras causas ecclesiasticas foveat et defendat ubique locorum, quotienscumque nobis fuerit oportunum, während es bei Beverstedt heißt: recepimus . . . in nostrum et nostre civitatis-clericum, ad omnia nostra negocia terra marique peragenda, ubicumque et quorumcumque nobis visum fuerit expedire, et ad agendum pro nobis nosque defendendum contra quemcumque et coram quocumque judice ecclesiastico, in omnibus et singulis causis presentibus et futuris nos et nostram civitatem tangentibus quoquomodo. Weiter unten wird ihm noch die Verpflichtung aufgelegt: ut nullam dignitatem ecclesiasticam, videlicet praebendam cum canonicatu, interim quod nobis et nostre civitati servierit, debeat acceptare, nisi hoc de nostro beneplacito fuerit et consensu. Man sieht hieraus, daß er ein wirklicher Geistlicher war, was aus dem Worte clericus in dem Zusammenhange nostrum et nostre civitatis-clericum natürlich nicht zu folgern ist. Man ersieht vielmehr aus diesem Zusammenhange, daß das Wort clericus für sich allein etwa die Bedeutung des daraus entstandenen englischen clerk hatte, wie denn unter den damals in Lübeck der Notariatspraxis obliegenden Männern auch ein verheiratheter clericus vorkommt.[17])

Haben wir nun aus diesen Bestallungen den Geschäftskreis der ersten Lübeckischen Syndici im Allgemeinen kennen gelernt, so gilt es jetzt einen Blick auf den Einfluß ihrer Wirksamkeit für oder — gegen die fremden Rechte. Die Streitigkeiten der Stadt mit dem Bischofe Burchard von Serken[18]) nöthigten schon den ersten Syndicus Felix zu einer Reise

---

[17]) Siehe: Urkundenbuch Bd. II, S. 784 Z. 17: clericus Uxoratus.

[18]) Dieselben sind im Zusammenhange dargestellt von Pauli, Lübeckische Zustände im Mittelalter II, S. 24—42.

nach Rom, wohin ihm eine Appellationsschrift der Stadt nachgeschickt wurde. Diese wird von ihm in einem an den Stadtschreiber Heinrich von Wittenborn gerichteten Schreiben [19]) kritisirt und deren Umarbeitung empfohlen. Dabei citirt er zur Begründung seiner Kritik und als Anlehnungspunkt für die angerathenen Verbesserungen: fünf Stellen aus der Decretalen-Sammlung Gregor's IX., fünf Stellen aus dem Liber Sextus und drei Stellen aus dem Justinianeischen Codex. Es muß also die Schrift von dem Stadtschreiber Heinrich von Wittenborn oder einem anderen Beamten verfaßt sein und Felix muß gewußt haben, daß die Bücher, woraus er citirte, seinem Correspondenten oder dem sonstigen Verfasser der Schrift zur Hand seien. Von besonderem Interesse sind ein paar Stellen aus den von ihm gegebenen Rathschlägen, zu deren Verständniß bemerkt werden muß, daß Pabst Bonifacius VIII. am 15. März 1300 den Abt zu Lüneburg, den Domprobst zu Ratzeburg und den Domscholaster zu Naumburg im Wege der Delegation mit der Entscheidung des Processes beauftragt hatte. [20]) Für das Verfahren vor diesen delegirten Richtern gab nun Felix folgenden Rath: Et secundum hoc, si vobis videbitur exspedire, petatis libellum, diem ad deliberandum et respondendum, salvo vobis jure in omnibus quantum ad locum, judices et rescripta, et tunc proponatis exceptiones, que vobis videbuntur exspedire ad hoc, una et raciones multiplices aducendo, et causam modis omnibus quibus potestis protrahatis.

Item procuretis, quod interlocutoria super excepcionibus proponendis pro vobis ferantur, qualitercunque possitis. nec curetis de appellacione partis adverse. Omnes tamen interlocutorias protrahatis, inquantum plus potestis, et si potestis, interlocutorias per quascunque cavillaciones et cantelas usque in adventum meum prorogetis.

Daß dergleichen Rathschläge auch im ferneren Verlaufe der Streitigkeiten nicht unbenutzt geblieben sein werden, läßt sich aus deren langer Dauer schließen, da sie erst 1317 ihr Ende fanden. Auf den Schluß aller dieser Processe zwischen der Stadt Lübeck und dem Bischofe nebst seinem Domkapitel aber folgt ein Akt, wie er in der Proceßgeschichte aller Länder und Zeiten nicht oft vorgekommen sein dürfte. Ein am 1. und 2. Juni 1317 aufgenommenes Notariats-Protokoll [21]) belehrt uns, daß die sämmtlichen beiderseitigen Proceß-Acten, bestehend in 9 größeren

---

[19]) Abgedruckt im Urkundenbuch der Stadt Lübeck Bd. II, S. 945—948, ohne Zeitangabe, den Umständen nach aber im Jahre 1300, nach dem 14. Juni, verfaßt.

[20]) Der betreffende päbstliche Erlaß steht im Urkundenbuche des Bisthums Lübeck, S. 436—439.

[21]) Abgedruckt im Urkundenbuche der Stadt Lübeck Bd. III, S. 60—64.

Acten-Fascikeln, 4 einzelnen Actenstücken und einem Packete kleinerer Zettel, in Gegenwart der Vertreter beider Parteien in einen leinenen, von beiden Theilen versiegelten Sack verpackt worden, — daß dieser Sack dann in einen ledernen Sack verpackt worden, welcher gleichfalls von beiden Theilen versiegelt und alsdann dem Procurator der Stadt, Wilhelm von Bardewik, übergeben sei, dictaque omnia — taliter inclusa et sigillata — — — — per eum deferenda ad civitatem Coloniensem et ibidem deponenda in loco fratrum predicatorum aut in loco fratrum minorum Coloniensium, ita videlicet, quod predicta taliter inclusa non aperirentur nec frangerentur dicta sigilla nec de illo ipsorum locorum, in quo deposita fuerint, removerentur sine voluntate utriusque partium earundem.

Es war das eine Handlung aufrichtiger Friedensliebe, die aber in der Art ihrer Durchführung doch auch an die altgriechische Sage von der Pandorabüchse erinnert. Die Männer, welche auf dem Boden ihres heimischen Rechts mit dem oben (unter II) erwähnten Eifer der Gerechtigkeit sich befleißigten, können den von ihrem in hoher geistlicher Stellung sich befindenden Beamten ertheilten Rathschlägen der Proceßverschleppung und Chikane nur mit innerem Widerstreben gefolgt sein. Der Gedanke, daß die Formen des fremden Rechts das nun eben so mit sich brächten, war jedenfalls nicht geeignet, ihnen eine günstige Meinung von diesem Rechte beizubringen. Wie man auch sonst darüber in Norddeutschland dachte, zeigt ein zwischen 1336 und 1347 verfaßtes Schreiben eines Landesherrn (dominus) von Mecklenburg an den Rath von Lübeck, worin gebeten wird, ein paar Lübeckische Bürger, die einen Mecklenburgischen Ritter verklagt hatten, anzuweisen: ne militem nostrum coram jure spirituali super hoc inutilibus vexent laboribus. Si enim ipsis videtur, quod in causa ipsorum processum esset minus juste, ad nostram accedant presenciam, assumptis duobus vestri consilii et faciemus ipsis, quod consonum juri fuerit exhibere.[22]) Gegen dergleichen Citationen vor auswärtige geistliche Gerichte hatten die Lübecker für sich und die Ihrigen privilegia de non evocando erwirkt[23]), pflegten auch in Sachen der Laien selbst solche Angelegenheiten, die sonst vor geistliche Gerichte, und selbst nach der Reformation in evangelischen Ländern vor die Consistorien gebracht wurden, vor dem Rathe der Stadt zu schlichten.[24]) Wenn Geistliche der

---

[22]) Urkundenbuch der Stadt Lübeck Bd. III, S. 97.

[23]) Vergl. daselbst Bd. II, Nr. 585, Bd. III, Nr. 433, 434, 439, 443 und öfter.

[24]) So bringt z. B. das Urkundenbuch in Bd. IV, S. 427—428 drei Aufzeichnungen aus dem Niederen Stadtbuche über Scheidungen von Tisch und Bett aus den Jahren 1378, 1380 und 1381, die vor dem Rathe Statt gefunden haben.

öffentlichen Ordnung als Verbrecher entgegen traten, so schritt Anfangs die bürgerliche Gewalt zur Verfestung. Nachdem aber ein solcher, im Jahre 1334 vorgekommener Fall in seinem weiteren Verlaufe gezeigt hatte, daß man damit nicht durchkomme, sondern den Verbrecher vor dem geistlichen Gerichte verfolgen müsse [25]), schritt man in späteren Fällen gleich hierzu. Als dies 1346 einmal nöthig ward, zeigte das Verhalten des Rathes, daß er nicht nur die nöthige Energie, sondern auch Männer in seiner Mitte hatte, die des fremden Rechtes kundig waren. — Zwei Lübecker, Albrecht von Cleye und Detlev Sachtelevent, hatten 1344 mit einander vor dem Rathe über Baustreitigkeiten processirt, wobei Ersterer gegen den Letzteren Schmähreden und Drohungen ausgestoßen und dadurch den Rath veranlaßt hatte, Beiden ein Friedegebot beizulegen bei Strafe von 50 Mark Goldes und der Verfestung. Inzwischen war Albrecht von Cleye in den geistlichen Stand getreten und hatte von dem Bischofe die Pfarre zu Genin erhalten. An einem Sonntage 1346 in der Marienkirche bei der Messe anwesend, traf er dort seinen Gegner und fiel ihn dort in Gegenwart von 4000 Menschen thätlich an. Es galt nunmehr für den Rath, seinem gebrochenen Friedegebote vor dem geistlichen Gerichte Geltung zu verschaffen. Der damalige „clericus civitatis" Beverstedt, mochte wohl gerade auf Reisen sein; wenigstens wird seiner Anwesenheit nicht gedacht in dem am 22. April 1346 in Gegenwart aller Mitglieder des Raths und vieler Zeugen aufgenommenen Notariats-Protokolle [26]), wodurch dem Rathmann Thidemann de Güstrow Vollmacht ertheilt wurde, den Albrecht von Cleye vor den geistlichen Gerichten zu verfolgen. Die Clauseln dieser Vollmacht setzen einen Mann voraus, der aller Formen des canonischen Proceßrechts wohl kundig sein mußte, und die schon am 2. Mai 1346 bei dem Bischofe eingereichte Klage [27]), sowie das schnelle Resultat derselben, zeigen denn auch, daß Thidemann von Güstrow sie zu gebrauchen wußte. Bereits unter dem 27. Juli 1346 nämlich beurkundete der Bischof, daß Albrecht von Cleye sich der Confiscation aller seiner Güter durch den Rath unterworfen und geschworen habe, binnen 8 Tagen die Stadt zu verlassen und bei Vermeidung ewigen Gefängnisses nie zurückzukehren. [28]) Damit war dasselbe Resultat erreicht, wozu man in den Formen des weltlichen, des deutschen Rechts mittelst der Verfassung hätte kommen können.

---

[25]) Vergl. Urkundenbuch Bd. II, S. 525, 543, 546, 548, 552, 553, 556, 557, 559, 572—578, 580—582, 585—589, 594—595.

[26]) Abgedruckt im Urkundenbuch Bd. II, S. 782—784.

[27]) Abgedruckt daselbst S. 786—788.

[28]) Siehe daselbst S. 791—793.

Bei Ausstellung der Vollmacht hatte als erster Bürgermeister fungirt Sifridus de Ponte (van der Brugge). Offenbar derselben Familie gehört der Johannes de Ponte an, welcher, in Bologna studirend, auf Grund einer dort ausgestellten, von Thadeus de Pepolis [29]) beglaubigten Vollmacht laut einer Inscription des Oberen Stadtbuchs vom 11. März 1347 Renten verkaufte. [30])

Es ergiebt sich hieraus, daß schon in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts Mitglieder des Raths von Lübeck des fremden Rechtes kundig waren und daß auch die begüterte Jugend solche Kunde sich zu erwerben beflissen war. Aber in welchem Sinne? — Doch wohl nur in dem Sinne, wie man fechten lernt, um sich der Feinde erwehren zu können, aber nicht um die Waffe gegen die eigenen Angehörigen zu gebrauchen, oder wie der Generalstab im Kriege sich auch der Spione bedient, aber sich wohl hütet, ihnen einen Einblick in das eigene Heerwesen zu gestatten. Unmöglich kann man doch annehmen, daß die auf dem Boden ihres heimischen Rechts so eifrig nach Gerechtigkeit strebende Generation, welcher die cavillationes und cautelae, zu denen Johannes Felix sie verleitet hatte, so zum Ekel geworden waren, daß sie sie vierfach versiegelt in einem Kloster zu Cöln deponirt hatte, — daß eben diese Generation die literarische Quelle solcher Chikanen, wie Muther das von dem deutschen Volke jener Zeit meint [31]), für die Summe rechtlicher Weisheit gehalten hätte. Wäre das der Fall gewesen, so hätte ja für Thidemann von Güstrow, der 1348 als Bürgermeister einen neuen Codex des Lübischen Rechts veranstaltete [32]), nichts näher gelegen, als die Aufnahme seiner eben erst so glänzend in der Praxis bewährten römisch-canonistischen Gelehrsamkeit in denselben. Es ist aber keine Spur davon in diesem Codex zu finden. Mehr als dreißig Jahre später sprach sich der Rath in einem Schreiben an den Kaiser Wenzel sehr bestimmt darüber aus, wie fest er sich an Lübisches Recht gebunden wisse. Durch die Thätigkeit nämlich, welche Carl IV. zur Erhaltung des Landfriedens im Reiche den Lübeckern 1374 übertragen hatte, waren sie den Herzogen von Sachsen und Lüneburg unbequem geworden, welche nun bei seinem Nachfolger gegen sie die unwahre Beschuldigung vorbrachten, daß sie die Güter eines angeblich durch Selbstmord gestorbenen Lübeckischen Bürgers eingezogen hätten. Der dieserhalb an sie ergangenen Citation vor das kaiserliche Hofgericht weigerten sie sich Folge zu leisten, indem sie die

---

[29]) Ueber diesen vergl. von Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter Bd. III, S. 134.

[30]) Vergl. Urkundenbuch der Stadt Lübeck Bd. II, S. 809, Nr. 872.

[31]) Vergl. Muther, Zur Geschichte der Rechtswissenschaft. Jena, 1876. — S. 15 ff.

[32]) Vergl. Hach, das alte Lüb. Recht. S. 66.

Unwahrheit der Beschuldigung darlegten und hinzufügten: es sei mit den Gütern jenes Mannes verfahren secundum exigenciam nostri juris Lubicensis, quo jure et justicia sumus ab augustis imperatoribus et Romanorum regibus, predecessoribus vestris, dotati, privilegiati et muniti, quam eciam justitiam et jus ita servare juravimus nostris corporalibus juramentis omnesque et singulos jurare oportet, qui nobiscum debent et volunt in consulatu residere. [33])

Daß nicht blos im Rathe, sondern auch im Volke, und nicht blos in Lübeck, sondern auch weit und breit in der Umgegend bei den Leuten aller Stände, sich dem fremden Rechte gegenüber ein Gefühl der Abneigung und des Mißtrauens muß geltend gemacht haben, zeigt eine aus dem Lübeckischen Urkundenbuche ersichtliche, zuerst in der zweiten Hälfte des vierzehnten Jahrhunderts wahrnehmbare, mit der Veränderung der Sprache in Verbindung stehende Veränderung in den Clauseln der Contracte, worauf hier um so mehr hingewiesen werden muß, als ja bei den Schriftstellern, welche über die Reception des Römischen Rechts sich haben vernehmen lassen, nicht selten darauf Gewicht gelegt wird, daß contractliche Urkunden des Mittelalters Römischrechtliche Clauseln, insbesondere Verzichte auf Einreden oder Rechtswohlthaten, deren das Römische Recht gedenkt, enthalten. [34]) Schon von Savigny aber hat hierüber warnend gesagt: „Allein bei dem Gebrauch dieser Quelle für „die Rechtsgeschichte ist große Vorsicht nöthig. Vieles nämlich, was sich „in wirklichen Urkunden sowohl, als in Formelbüchern findet, ist gar „nicht für einen wirklich gedachten Begriff oder Satz zu halten, dessen „Fortdauer also dadurch bewiesen werden könnte, sondern es ist oft „Jahrhunderte lang nur als eine völlig todte Form gedankenlos und oft „lächerlich entstellt nachgeschrieben worden.“ [35]) Wie richtig das ist und wie man schon im 14. Jahrhunderte das gefühlt hat, zeigt sich in einer eigenthümlichen Erscheinung, zu deren Würdigung man vorher einen Blick auf die Veränderung der Geschäftssprache werfen muß.

Theodor Muther hat 1871 gesagt und 1876 wieder drucken lassen: „Im alleinigen Besitz der lateinischen Geschäftssprache, ja selbst „der Kunst des Schreibens und Lesens, waren die Geistlichen auch für „das weltliche Regiment unentbehrlich geworden.“ [36]) Daß dies unrichtig ist, hatte Pauli schon lange vorher bemerkt mit folgenden Worten:

„Wie die Kirchensprache des Mittelalters das Lateinische war und

---

[33]) Urkundenbuch der Stadt Lübeck Bd. IV, S. 491—492.

[34]) Vergl. z. B. Kraut, Grundriß. 5. Ausgabe. §. 13, Nr. 5 und 6.

[35]) von Savigny, Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter Bd. I, S. 402.

[36]) Siehe: Theodor Muther, Zur Geschichte der Rechtswissenschaft. Jena, 1876. — S. 5.

„es in der römisch-katholischen Kirche noch ist, so war es im Mittelalter „auch die Geschäftssprache. — — Alle Schreiben und Berichte, welche „versendete Rathmänner an den Rath richten, ja selbst die Handlungsbücher der Kaufleute sind lateinisch. Was folgt daraus? Gewiß „nicht, daß unser ganzes Volk damals lateinisch sprach und verstand; „aber gewiß auch nicht, daß, wie man häufig annimmt, nur die Geistlichen, nur die eigentlichen Gelehrten dieser Sprache mächtig waren, „sondern sicher, daß sie in größerem Umfange, als man gewöhnlich annimmt, ein Gemeingut der höheren Stände war, und zwar namentlich „des bei uns von jeher herrschenden Kaufmannsstandes, kurz, daß sie sich „damals, als Schriftsprache, zum Deutschen überhaupt etwa so verhielt, wie bei uns das Hochdeutsche zum Niederdeutschen. Bedenkt man, „daß unsere Kaufleute, wie jetzt in brieflichem, damals in persönlichem „Verkehr auf den Messen mit den meisten europäischen Nationen standen, „und daß es bei diesem Verkehr ganz besonders darauf ankommt, einander recht genau zu verstehen, so muß es damals, wie ein allgemeineres „materielles Tauschmittel, so auch ein allgemeines Medium zum Austausch der Gedanken gegeben haben: und das kann kein anderes gewesen sein, als das Lateinische.“ [37])

Was Pauli damals auf Grund seiner Forschungen nur berichtete, kann jetzt in den inzwischen abgedruckten Urkunden Jeder selbst lesen, wie denn z. B. die oben erwähnten kaufmännischen Briefe aus dem Ende des 13. Jahrhunderts gewiß nicht von Geistlichen geschrieben waren.

Im Laufe des 14. Jahrhunderts nun, bei dessen Beginn ja auch in Italien Dante die Volkssprache zu literarischen Ehren brachte, trat hierin eine Veränderung ein, indem, zumal in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts, wie schon früher die Statuten, so nunmehr auch amtliche Sendschreiben und Contracte, in niederdeutscher Sprache abgefaßt wurden.

War nun auch vorher das gewöhnliche Latein des Mittelalters dem gebildeten Laien wohl bekannt, so werden doch ohne juristische Kenntnisse die in die lateinischen Urkunden von den Notaren eingeflochtenen technischen Ausdrücke ihnen kaum verständlich gewesen sein. Wenn daher in Kaufbriefen über Grundstücke nach Erwähnung der geschehenen Auflassung (resignatio) und deren Bestätigung durch Wirkung des Friedens für den neuen Erwerber der Verkäufer noch verzichtet: exceptioni doli mali, non soluti pretii, in utilitatem nostram seu heredum nostrorum non conversi, ac omni alii juris et facti beneficio et auxilio, per que premissa vel premissorum aliqua impugnari poterunt

---

[37]) Vergl. Pauli, Lübeckische Zustände I, 1847. — S. 121—122.

quomodolibet vel infringi [38]), so mochte die rechtliche Sinnlosigkeit solchen Verzichts den Betheiligten kaum bemerkbar geworden sein.

Nach Einführung des Niederdeutschen in die geschäftlichen Urkunden aber begann man auch solche lateinische Clauseln zu übersetzen. So erklärt z. B. der Knappe Marquard von Crummesse in einem Kaufbriefe vom 2. März 1380: Ik love ok in desseme ieghenwardighen breve vor my unde mine erven, dat ik uppe dit vorghescrevene gutt, alse vorghescreven steyt, nummermer saken ne wil edder jenigherleye dink daran vorderen wil, ansprake daran don wil vor richte edder buten richte, mit rechte edder mit der daed, ok nene hulperede nemen ne wil, also dat my dit gelt nicht betalet ne sy, nicht gheantwordet ne sy, nicht ghetellet ne sy edder dat ik in desseme kope bedroghen sy boven de helfte des rechten werdes edder jenigerleye andere hulpe des rechtes, geystlikes edder wertlikes, dar desse handelinghe unde breve mochten mede ghebroken edder ghehindert werden. [39])

Solche Uebersetzungen aber öffneten den Leuten die Augen darüber, daß mit dergleichen Clauseln Vorstellungen in das Rechtsleben hineingebracht würden, welche dem heimischen Rechte fremd und nur zur Verwirrung desselben geeignet seien. Als einen Ausdruck dieses Gedankens, als einen fast humoristisch klingenden volksthümlichen Protest gegen solche fremdartige Rechtsbegriffe hat man offenbar die von 1370 an bis in das erste Jahrzehend des 15. Jahrhunderts hinein in den Contracten vorkommenden Verzichte auf Arglist, auf neue Erfindungen und Einfälle zu betrachten. So bekräftigt z. B. der Herzog Erich zu Sachsen am 10. Januar 1370 eine Pfandverschreibung by truwen unde by eren, zunder arghelist unde ane alle helperede, gheestlik edder werlik, unde zunder genegherlexe bøze invunde, de ghedichtet zyn edder dessme noch dichten mochte. [40]) So versichern Rath ünd Bürger der Stadt Lüneburg am 21. October 1397: Dit love wy en in guden truwen stede, vast unde unvorbroken to holdende sunder alle list unde inval. [41]) Der Rath derselben Stadt gibt am 29. September 1375 die Versicherung, einen Vertrag stede, vaste und unghebroken to holdende sunder arghelist und

[38]) Urkunde des Grafen von Holstein vom 13. Januar 1329 im Urkundenbuche der Stadt Lübeck Bd. II, S. 455. Eine ähnliche Clausel bei ähnlicher Veranlassung findet sich noch 1350 (daselbst S. 884).

[39]) Urkundenbuch der Stadt Lübeck Bd. IV, S. 399—400.

[40]) Urkundenbuch der Stadt Lübeck Bd. III, S. 777.

[41]) Daselbst Bd. IV, S. 753.

alle nye v^u^nde und helperede alles rechtes, beides gheistlikes und wertlikes.[42]) Mit unbedeutenden Variationen kehrt eine solche Clausel in zahlreichen Fällen wieder.[43])

Daß man des in solchen volksthümlichen Clauseln zurückgewiesenen fremden Rechtes in den Geschäften, wie lebhaft und mannigfaltig dieselben auch sein mochten, nicht bedurfte, zeigt das Leben. In Fällen, wo das Römische Recht bekannte Regeln an die Hand giebt, wußte man sich mit Hülfe des einheimischen durch eigenes Nachdenken ähnliche zu bilden. So ward z. B. in einem am 14. Februar 1361 geschlossenen Miethcontracte über ein Haus zur Sicherheit des Vermiethers vereinbart, daß der Miether Sachen im Werthe bis zu 30 Mark in das Haus bringen und solche dem Vermiether in Gegenwart von Zeugen handhabend verpfänden solle.[44]) — Wie in unseren Tagen auf den siegreichen französischen Krieg in Deutschland geschäftlicher Uebermuth und auf diesen finanzielle Noth folgte, so finden wir fünfhundert Jahre vorher nach dem glänzenden Stralsunder Frieden von 1370 in Lübeck eine ähnliche Erscheinung. Aus dem Jahre 1374 liegen Urkunden über Geldgeschäfte von einem für jene Zeit colossalen Betrage vor, in deren Folge 1375 die zahlungsunfähigen Bürgen mit den Gläubigern verhandeln und 1376 Grundstücke verkauft werden.[45]) Ein anderer, höchst verwickelter Concurs eines Geldmannes Peter Huck wird in den Jahren 1405—1409 unter Mitwirkung der Gläubiger und zu deren Befriedigung, aber ohne die Spur einer Einwirkung des Römischen Rechts, abgewickelt.[46]) — Aus den Jahren 1402 und 1410 findet man Vereinbarungen notirt über Lieferungskäufe.[47]) Am 20. Mai 1406 wird eine nach Bergen zu bringende Ladung Getreide für 43 Mark auf Credit gekauft mit der Bedingung, daß der Verkäufer die Gefahr des Seeraubes tragen, daß er überhaupt nur im Falle glücklicher Ankunft des Schiffes in Bergen Zahlung erhalten solle.[48]) Wenn man annimmt, daß die Vergütung für die Creditirung des Capitals und für die Tragung der Gefahr in dem Kaufpreise gesteckt habe, so liegt hier genau das Römische foenus nauticum vor, ohne daß eine theoretische Bekanntschaft der

---

[42]) Daselbst Bd. IV, S. 290.

[43]) Daselbst S. 330, 360, 596, 597, 600, 603, 604, 608, 609, 659, 673, 677, 682, 683, 686, 751, 763, 788, 794, 798 Bd. V, Heft 3, S. 236—137.

[44]) Urkundenbuch Bd. IV, S. 79—80.

[45]) Vergl. Urkundenbuch Bd. IV, S. 253—260, 263—264, S. 317 Nr. 295.

[46]) Vergl. Urkundenbuch Bd. V, Heft 3, S. 260—266 und Pauli, Abhandlungen Bd. IV, S. 82 ff.

[47]) Urkundenbuch Bd. V, Heft 1, S. 46. — Heft 5, S. 370, Nr. 340.

[48]) Urkundenbuch Bd. V, Heft 2, S. 142, Nr. 144.

Contrahenten mit jenem Institute irgendwie ersichtlich wäre. Materielle Uebereinstimmung mit dem Römischen Rechte ohne die geringste Anlehnung an dasselbe findet sich auch bei der Cession einer Forderung von 1405 [49]) und einer Verhandlung über Schadensersatz aus dem Jahre 1409. [50])

Aus dem Anfange des 15. Jahrhunderts liegt uns jener hanseatische Receß von 1419 vor, den Stobbe unter Hinweis auf seine Wichtigkeit für die Geschichte der Reception des Römischen Rechts veröffentlicht hat. [51]) Auch daraus ergiebt sich, daß man damals in Lübeck das Römische Recht und seine Literatur kannte, und sich Denen gegenüber, welche darauf Gewicht legten, darauf zu berufen nicht unterließ. „Aber", fügt Stobbe (l. c. S. 172) mit Recht hinzu, „es verdient beachtet zu „werden, daß das Römische Recht nicht als das höhere oder vorzüglichere „Recht gilt, sondern daß der Sachsenspiegel als Recht des sächsischen „Landes, der sächsischen Art überall in den Vordergrund gestellt wird und „die Argumente aus dem Römischen Recht erst in die zweite Linie kommen."

In derselben Richtung äußerte sich 37 Jahre später (1456) der Bürgermeister Henrich von Wahrendorp, indem er sagte: Wente nemant moet der Stades Rechte kreuken mit Kaiserlike Rechte, dat sulvest na des Kaisers Worde ewig stede unde vast bliven schal, wen de Latienische Rechte unse Stades Wesen unnuette unde ganz unteemlick sin. [52])

Mag nun auch schon 1475 eine Actenversendung an eine Universität [53]), mag 1483 in einem Urtheil des Lübischen Oberhofes nach Reval eine Anwendung Römischen Rechtes vorgekommen sein [54]), so läßt sich doch daraus nicht eine Hinneigung zu der Theorie von einer für das Römische Recht streitenden Vermuthung, zu jener Lehre von der fundata in jure intentio ableiten, wie sie seit 1495 von dem Reichskammergerichte aufgestellt wurde. Dagegen sprechen die Instructionen, welche den städtischen Abgesandten zu den Städtetagen der Jahre 1482, 1487, 1523, 1524 und 1542, mitgegeben wurden, — Instructionen, wonach sie „die

---

[49]) Urkundenbuch Bd. V, Heft 2, S. 132, Nr. 132.

[50]) Daselbst Heft 3, S. 234—235, Nr. 236.

[51]) Vergl. Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts. Braunschweig, 1865, S. 171 ff. — Die in jenem Recesse unternommene Hinweisung auf c. unic. C. Quando Imperator (III, 14 oder 15) nennt Stobbe (l. c. S. 172—173) eine „gekünstelte Parallele", wobei wohl übersehen ist, daß der gedachten Verordnung von den mittelalterlichen Processualisten eine andere Bedeutung, als von den neueren, beigelegt wurde, und vielleicht nicht mit Unrecht. Vergl. Archiv für die civilistische Praxis. Bd. XLII, S. 34—35.

[52]) Vergl. Dreyer's Einleitung S. 311.

[53]) Vergl. Pauli, Lübeckische Zustände II, S. 110—111.

[54]) Vergl. Michelsen, Oberhof zu Lübeck, S. 222, Note **).

„Abstellung der Ungelegenheiten, wodurch die löblichen Städte von den „kaiserlichen Gerichten wider die Stadtrechte beschweret würden, zum „Gegenstande gemeinschaftlicher Berathschlagungen" machen sollten.[55])

§. 5. Einfluß des Reichskammergerichts und Beschränkung solchen Einflusses durch die Appellations-Privilegien.

Aus dem Bisherigen dürfte sich ergeben, daß die gewohnheitsrechtlichen Momente, welche vielfach als wahre Ursachen der Reception des Römischen Rechts angeführt sind, auf Lübeck entweder gar keine oder nur eine sehr geringe Wirkung gehabt haben. Der Gedanke, daß die Deutschen Kaiser Nachfolger der Römischen seien und man deshalb dem Römischen Rechte unbedingten Gehorsam schuldig sei, tritt allerdings einmal in den Statuten von 1240 hervor[56]), aber ohne den geringsten praktischen Erfolg.[57]) Gelehrte Juristen hat man, wie gezeigt worden, in Lübeck seit dem Ende des 13. Jahrhunderts angestellt, aber ohne darum einen Einfluß ihres Wissens auf das heimische Recht zu bezwecken oder zu gestatten, da man des fremden Rechts trotz größter Lebhaftigkeit des städtischen Handelsverkehrs zu dessen rechtlicher Regelung nicht bedurfte. Für Lübeck muß es daher bei der von Herman Conring, dem ersten Begründer des deutschen Privatrechts, aufgestellten Behauptung[58]) bleiben: daß nur die Verpflichtung der Beisitzer des Reichskammergerichts auf „des Reichs und gemeine Rechte" als Quelle der Reception des Römischen Rechts anzusehen sei. Dieser Umstand ist nach seiner negativen Seite hin deshalb von Bedeutung, weil „in Ländern, „auf welche sich seine" (scil. des Reichskammergerichts) „Autorität nicht „erstreckte, bei übrigens im Wesentlichen gleichen Verhältnissen das „römische Recht Gesetzeskraft nicht erlangt hat, so in der Schweiz, „Schleswig."[59]) Gilt das nun in rechtlich-geographischer Hinsicht, so muß es auch in rechtlich-systematischer gelten, das heißt: es muß anerkannt werden:

> daß für solche Materien des einheimischen Rechts, in welchen durch das partikulare Appellations-Privilegium die Autorität des Reichskammergerichts ausgeschlossen war, auch das Römische Recht nicht recipirt ist.

---

[55]) Vergl. Dreyer, Einleitung S. 311.

[56]) Siehe Hach, Alt. Lüb. R. Cod. II, Artt. 101, 102.

[57]) Siehe: Dreyer, Einleitung S. 227—228.

[58]) Vergl. H. Conring, de origine juris Germanici cap. 33.

[59]) Vergl. Gerber, Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts, S. 145. — Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Auflage. S. 3, Note 7 in fine.

Werfen wir nunmehr einen vergleichenden Blick auf die Appellations-Privilegien für Lübeck und Hamburg.

Der Lübeckischen Appellations-Privilegien giebt es drei von 1504, 1544 und 1588 [60]), von welchen ich nur die beiden letzteren kenne. Das von 1544 ist abgedruckt hinter der ersten Ausgabe des Stadtrechts von 1586, das von 1588 hinter derjenigen von 1728. (S. 182—188.) Beide sind nur in Betreff der Appellationssumme verschieden, die darin von 200 auf 500 Goldgulden gestiegen ist, gleichen Inhalts aber in Betreff derjenigen Bestimmungen, welche ohne Rücksicht auf die Summe die Appellation gänzlich ausschließen „wider ihr eigen Handtschrifft „oder Bekandtnuß vor dem Stadtbuch oder dem Mäcklerbuch."

Ueber die Art und Weise der Auslegung dieser Clausel des Lübeckischen Appellations-Privilegiums in der Praxis des Reichskammergerichts noch im vorigen Jahrhunderte liegt ein Zeugniß vor in Johann Martin Lipenius (Praes. **Joh. Samuel Stryk**) Diss. de Privilegio Appellationis Lubecensi. Halae 1708, woselbst es auf S. 19 heißt: Ita enim Lubecae moris est, ut quaedam negotia, v. g. venditiones liegender Gründe, stehender Erbe und Rente in librum civitatis publicum, im Oberen Stadtbuch, item der Stadt Erb-Buch, alia in librum civitatis im niedern Stadtbuche, alia denique ex more inter mercatores recepto et in specie in Cambiis in libro proxenetae, im Meklerbuche, redigantur, a quibus deinceps non permittitur appellari. Plane Hamburgi idem constitutum est, ideoque meo tempore summi Iudices Watzlarienses in causa Kochen contra Glöden in puncto debiti, coram libro civitatis confessi nec deleti, minime appellationis processus decreverunt, sed partes semper ad judicem a quo remiserunt, usque dum alterius partis advocatus insanabiles hujus processus nullitates commissas evolveret, quo facto lis ibi pendere coepit, et processus snper nullitates decreti sunt.

In diesem Zeugnisse über die reichskammergerichtliche Praxis heißt es: Plane Hamburgi idem constitutum est. Der Wortlaut des Hamburgischen Appellations-Privilegiums von 1554 [61]) ist aber doch nicht ganz derselbe, wie der des Lübeckischen. Dort wird die Appellation ohne Rücksicht auf die Summe gänzlich ausgeschlossen „in Sachen bekenntliche „Schulden, Injurien oder Scheltwort nnd die Gebäude der Stadt „belangend." Daß diese letzteren Worte sich nicht lediglich auf die im Eigenthum der Stadtgemeinde stehenden Baulichkeiten beschränken können, liegt auf der Hand, nnd sie lassen sich daher nur auf das städtische

---

[60]) Siehe: Dreyer, Einleitung S. 368.

[61]) Abgedruckt hinter der Ausgabe des Hamburger Stadtrechts von 1842. S. 585 bis 589.

Immobiliar-Sachenrecht beziehen. Daß dies in der That dem Reichskammergerichte völlig unbekannt war, weil eben die ganze Materie der Appellation dorthin nicht unterlag, ist in einem Falle aus dem Jahre 1762 unumwunden ausgesprochen. Damals war wegen eines angeblich widerrechtlich getilgten Pfandpostens in einem städtischen Grundstücke aus Hamburg nach Wetzlar appellirt, die Appellation (freilich auch „ob summam non appellabilem") als formell unstatthaft zurückgewiesen und nunmehr die Nichtigkeitsbeschwerde vorgebracht. In dem darauf eingeforderten, von dem Hamburger Senate an das Reichskammergericht erstatteten Berichte vom 26. Januar 1763 wird eine sehr eingehende und belehrende [62]) Schilderung des damaligen Hamburgischen Stadt-Erbe-Buchs-Verfahrens mit den Verlassungen und Impugnationen gegeben, an deren Schlusse es heißt: „Wir müssen — — um Verzeihung bitten, „wenn wir bei dieser nicht eben überall bekannten Sache, in Ansehung „deren eine besondere Erläuterung Desjenigen, was die hiesige Immobilia „und deren Beschwerung, die Stadt-Erbebücher und daraus gezogene „Beschwerungen und Extracte, und mehrere dahin einschlagende Um„stände betrift, nöthig gewesen, uns etwas umständlich zu erklären haben „gemüßigt gefunden." — Die Folge war die Zurückweisung des Querulanten. [63])

Aus Lübeck ist, da die Ausschließung von Appellationen gegen Eintragungen in das Obere Stadtbuch in der That auch das ganze Immobiliar-Sachenrecht ergreift [64]), bei den reichskammergerichtlichen Praktikern keine Spur davon zu finden, daß Processe über Gegenstände des Immobiliar-Sachenrechts an das Reichskammergericht gebracht worden wären. Hatte doch schon ein Beschluß des Senats vom 1. September 1623 den Procuratoren bei Strafe alle Appellationen „wider das Lübische Recht „und wider das Kaiserliche Privilegium untersagt. [65])

Daß durch diesen Inhalt der Appellations-Privilegien von Lübeck und Hamburg das Immobiliar-Sachenrecht beider Städte dem Einflusse

---

[62]) Deshalb wird sie auch noch von Phillips, Grundsätze des deutschen Privatrechts. 3. Auflage, Bd. I (1846), S. 433, Note 7, angeführt.

[63]) Vergl. von Cramer, Wetzlarische Nebenstunden Theil XI, S. 46—49 und desselben Observationes juris universi Tom IV, S. 83—98. Die ausgehobene Stelle steht auf S. 97.

[64]) Auch die Klage aus einer weder eingetragenen, noch erkennbaren Servitut gegen einen neuen Erwerber des dienenden Grundstücks ist ja eine Anfechtung der rechtlichen Folgen seiner Eintragung als neuen Eigenthümers.

[65]) Siehe: Dreyer's Einleitung S. 369—370. In der allerletzten Zeit des alten Reiches ward einmal der Versuch gemacht, gegen eine Stadtbuchsnote über eine Servitut an das Reichskammergericht zu appelliren, aber ohne Erfolg. Die Sache blieb liegen. Vergl. Carstens, Beiträge II, S. 73.

des Reichskammergerichts und damit der auf solchen Einfluß gestützten romanistischen Theorien des 16., 17. und 18. Jahrhunderts entzogen worden ist, hat ohne Zweifel wesentlich dazu beigetragen, ihnen die Erhaltung des altdeutschen Systems der Auflassung und damit, seitdem die neueste Hypotheken-Gesetzgebung an dieses altdeutsche System wieder angeknüpft hat, eine darauf gegründete Berücksichtigung der Wissenschaft [66]) zu sichern.

§. 6. Verschiedenheiten in der Stellung von Lübeck und Hamburg zum Römischen Rechte.

Während so diese beiden Städte ihr Immobiliar-Sachenrecht von der Einwirkung des Römischen Rechtes frei gehalten und es in einer unter sich sehr ähnlichen Gestaltung auf der altdeutschen Grundlage weiter ausgebildet haben, ist ihre Empfänglichkeit für das Römische Recht im Ganzen weniger gleichartig gewesen.

Der oben erwähnten Aeußerung des Lübecker Bürgermeisters Henrich von Wahrendorp von 1456 gegen die Kränkung des Stadtrechts mit kaiserlichen Rechten steht in dem Hamburger Stadtrechte von 1497 am Schlusse der Vorrede eine Anerkennung der Subsidiarität der letzteren [67]) gegenüber, und in der von dem Verfasser dieses Stadtrechts, Bürgermeister Langenbeck, herrührenden Glosse sogar eine Aufforderung zur Beugung und Deutung desselben nach dem Kaiserrechte. [68])

Für Hamburg wurde 1520 von Bugenhagen in der Kirchen- und Schul-Ordnung festgesetzt, daß zwei Juristen, Jeder dreimal in der Woche, über die Institutiones imperiales und den Codex Vorträge halten sollten. [69]) In Lübeck hatte man dergleichen Vorträge dadurch hinlänglich kennen lernen können, daß die Rostocker Universität 1487 wegen kriegerischer Unruhen nach Lübeck geflüchtet war und von 1487 bis 1491 in Lübeck ihren Sitz hatte. [70]) Man fand aber keinen Anlaß, ihre Fortsetzung oder neue Einrichtung anzuordnen. Vielmehr erließ der Rath von Lübeck 1555 an das Reichskammergericht den bekannten Protest, worin gebeten wurde, die Stadt „mit Kaiserlichen Rechten, die „wir nicht ertragen mögen, nicht beschweren" zu wollen. [71])

Die Bedeutung dieses Protestes gegen die Anwendung des Römischen

---

[66]) Siehe: Stobbe in Ihering's Jahrbüchern Bd. XII, S. 248.

[67]) Vergl. Lappenberg, Hamburgische Rechtsalterthümer Bd. I, S. 170.

[68]) Vergl. daselbst S. 285. Glosse zu Art. 11. Vorletzter Satz.

[69]) Vergl. Lappenberg in Hugo's Civilist. Magazin Bd. VI, S. 227.

[70]) Vergl. Becker, Geschichte der Stadt Lübeck Bd. I, S. 462—463.

[71]) Vergl. Dreyer, Einleitung S. 310. — Kraut, Grundriß. 5. Ausgabe. S. 52, Nr. 28.

Rechts auf Lübeckische Sachen wird unterschätzt, wenn man unberücksichtigt läßt, daß die darin eingenommene abweisende Stellung gegen das Römische Recht auch noch bei der Herausgabe des Stadtrechts von 1586 festgehalten ist, wie sich das aus dem Umstande ergiebt, daß darin eine Bestimmung über subsidiäre Geltung des Römischen Rechts, die in jener Zeit niemals in Stadtrechten und Gerichts-Ordnungen zu fehlen pflegte, nicht vorkommt. In Stobbe's Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. II, S. 125—132 wird aus den Jahren 1550 bis 1618 eine große Menge von partikularen deutschen Gerichts-Ordnungen, Land- und Stadt-Rechten aufgeführt, welche sämmtlich die Richter und Urtheiler auf die kaiserlichen und gemeinen Rechte als subsidiäre Quelle verweisen. Dazwischen steht, wie Stobbe (l. c. S. 127) ausdrücklich hervorhebt, ganz allein das Lübeckische Stadtrecht von 1586 ohne eine solche Bestimmung. Es erklärt sich dies, wie auch der stolze Protest des Lübecker Raths von 1555, durch die hohe Meinung, welche nicht blos die Lübecker, sondern überhaupt die unter der Herrschaft des Lübischen Rechtes lebenden Geschäftsmänner jener Zeit von demselben hatten, wie solche hervortritt in folgenden Worten eines Schreibens der Stadt Wismar an die Stadt Rostock vom 31. März 1579 [72]): „Denn daß in den hochwichtigen und „führnehmsten Sachen, so uns anstoßen können, bisweilen ein Artikel „des Lübischen Rechtens mehr, denn etliche viel tausend Allegata des „leider so sehr streitig gemachten geistlichen oder Kaiserrechten und theuer „erkauften Consilia nutze, wird euer Syndicus und andere eurer ver-„eideten Rechtsgelehrten — — aussagen und bekennen müssen."

Obgleich nun in diesem revidirten Lübecker Stadtrechte von 1586 die einzelnen Artikel unter lateinische, dem Römischen Rechte entlehnte Titel gebracht sind, auch in der Vorrede versichert wird: es werde Jeder finden: „daß solch Recht des mehrenteil den beschriebnen Kayser-, sowol „auch den Sächsischen Rechten und Gewonheiten nicht allerding ungemeß", so entspricht doch der Inhalt, soweit er nicht rein lübisch ist, mehr der letzteren Quelle und Stobbe sagt ganz richtig: „Die Revisoren hatten „nicht die Absicht, wie die Redactoren der meisten städtischen Reformationen, „das statutarische Recht, insoweit es in Uebung war, mit dem gemeinen „Recht zu verbinden — —; sie haben sich wesentlich an das alte Lübische „Recht gehalten, dasselbe in die neuere hochdeutsche Sprache übertragen, „an wenigen Stellen mit Bewußtsein verändert oder durch Zusätze ver-„mehrt und dem römischen Rechte nur geringen Einfluß gegönnt." [73]) Wo letzteres der Fall, ist es auch wohl mehr indirect geschehen, insbesondere

---

[72]) Abgedruckt bei Böhlau, Mecklenb. Landrecht I, S. 146—147, Note 14.

[73]) Vergl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen II, S. 295—296.

durch Benutzung der Sächsischen Constitutionen von 1512 [74]), wobei der Umstand nicht ohne Einfluß geblieben sein mag, daß das einflußreichste Mitglied der Revisions-Commission, der Syndicus Calixtus Schein, aus Meißen gebürtig war und in Leipzig studirt hatte. [75])

Solcher in Lübeck noch 1586 beibehaltenen abweisenden Haltung gegen das Römische Recht steht in Hamburg die in dem Epilog des Hamburger Stadtrechts von 1603 enthaltene gesetzliche Einführung des Römischen Rechts als eines subsidiären gegenüber. [76]) Auch dem sonstigen Inhalte nach steht das Hamburger Stadtrecht von 1603 dem Römischen viel näher, als das Lübeckische von 1586, theils durch directe Aufnahme vieler Römischen Grundsätze [77]), theils durch starke Benutzung der Nürnberger Reformation von 1564 [78]), welche ihrerseits bedeutend vom Römischen Rechte beeinflußt ist. [79])

Aus dieser größeren Empfänglichkeit Hamburgs für den Einfluß des Römischen Rechts erklärt sich u. a. die Möglichkeit eines solchen Vordringens stillschweigender und Privat-Hypotheken an Immobilien, wie es von Cropp [80]) für Hamburg geschildert wird, in Lübeck aber wohl niemals wahrgenommen sein mag.

Für Lübeck ist das älteste Gesetz, welches der Reception des gemeinen Rechts [81]) ohne die frühere Ausnahme der auf das Stadtbuch

---

[74]) So bietet z. B. für den Art. 12 Tit. 1 Lib. III der Art. 249 Cod. III bei Hach, auf den Hach in der Concordanztafel V als Quelle des Art. 12 verweist, weiter keinen Anhaltspunkt, als die Anerkennung der Priorität des älteren Pfandrechts, während das ganze Detail des Art. 12 cit. fast wörtlich zu finden ist in der Sächsischen const. 28 von 1572. Vergl. die Ausgabe d. Sächs. Const. v. Dan. Moller. Lips. 1612 in folio. — pag. 93.

[75]) Vergl. Dreyer, Einleitung. S. 257, Note 7.

[76]) Vergl. die Ausgabe des Hamburger Stadtrechts von 1842. — S. 584. — Ueber diesen Epilog und die jetzige Geltung des Röm. Rechts in Hamburg vergl. Trummer, Hamb. Erbrecht Bd. II, S. 635—643, auf welche Ausführung auch Baumeister (Hamb. Privatrecht I, S. 14, Note 14) verwiesen hat.

[77]) Dieselben sind im Einzelnen ersichtlich aus der vierten Rubrik der von Gries in seinem Commentar zum Hamburger Stadtrecht Bd. II, S. 363—375 gegebenen „Uebersicht der Quellen sämmtlicher Artikel."

[78]) Vergl. daselbst die dritte Rubrik.

[79]) Vergl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. II, S. 297—306.

[80]) Vergl. Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen Bd. I, S. 392 ff.

[81]) D. h. des „gemeinen Rechts" als eines Gesammtbegriffs. Einzelne Institute und Regeln, welche aus den Quellen des gemeinen Rechts herstammen, finden sich freilich seit Jahrhunderten in Uebung, und es hat sich in Betreff der Gewährleistung für Mängel verkaufter beweglicher Sachen das revidirte Lübische Recht ausnahmsweise sogar mehr, als das Hamburgische, dem Römischen Rechte anbequemt. Vergl. Heise und Cropp l. c. Bd. I, S. 173, 181, Note 26.

gegründeten Ansprüche gedenkt, der §. 29 der provisorischen Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung vom 5. Juli 1820, welcher so lautet:

„Das Ober-Appellations-Gericht hat bei seinen Erkenntnissen in Civil- „und Criminalsachen die in den freien Städten geltenden Particular- „Gesetze und rechtlichen Gewohnheiten, und in deren Entstehung das in „den Städten recipirte gemeine Recht, mit Inbegriff der in denselben vor „Auflösung der ehemaligen deutschen Reichsverfassung aufgenommenen „Reichsgesetze, anzuwenden."

Dieser §. 29 ist wörtlich in §. 82 der definitiven Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung von 1831 aufgenommen.

Auf die ganze Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung hat bekanntlich der erste Präsident Heise großen Einfluß geübt, weshalb für die Auslegung dieses §. 82 es nicht ohne Bedeutung ist, daß Heise in seinen Pandekten-Vorlesungen, welche später von Wening-Ingenheim als „Lehrbuch des gemeinen Civilrechts" hat abdrucken lassen, in Bd. I, §. 9 gesagt hat, daß „der Satz über die fundata in jure intentio in dem „Sinne, als streite die Vermuthung immer für die Anwendbar- „keit des Römischen Rechtes, und als seien aus diesem alle Statuten „zu interpretiren, unrichtig ist."

Die Subsidiarität des gemeinen Rechts ist in §. 82 cit. durch das Wort „in deren Entstehung" so scharf betont, daß jeder Versuch, die Consequenzen des einheimischen Rechtes durch die alte reichskammergerichtliche Theorie von einer Vermuthung für das Römische Recht zu beseitigen, für ausgeschlossen gelten sollte.

In diesem Sinne hat denn auch unter Heise's Vorsitz das Ober-Appellations-Gericht u. a. am 14. Januar 1847 in einem Lübeckischen Processe über eine FensterServitut ausdrücklich erklärt: daß auf solches Institut als ein germanisches das Römische Recht nicht anzuwenden sei. [82])

§. 7. Vergleichende Blicke auf die gemeinrechtliche Theorie von der Reception des Römischen Rechts.

Während aus der obigen Darlegung sich ergeben dürfte, daß in Lübeck von jeher ein ziemlich scharfer Gegensatz bestanden hat gegen die ältere reichskammergerichtliche Theorie von der fundata in jure intentio, von einer für das Römische Recht streitenden Vermuthung, deren Entstehung und Verkehrtheit in unseren Tagen von Stobbe [83]) so trefflich nachgewiesen ist, ändert sich das Verhältniß des heimischen Rechts zu

---

[82]) Vergl. Bruhn, Sammlung von Entscheidungen des O.-A.-Gerichts in Lübecker Sachen Bd. II, S. 521.

[83]) Vergl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen Theil II, S. 115—119.

den gemeinrechtlichen Lehren mit deren späterer Entwickelung, welche zeigt, daß im Laufe der Zeit auf dem Gebiete des gemeinen Rechts sowohl Romanisten als Germanisten über das Verhältniß des Römischen Rechts zum heimischen Leben anders denken gelernt haben, als es jene Theorie des 16. Jahrhunderts mit sich bringt. Nachdem im 17. Jahrhundert Hermann Conring, der als erster Germanist genannt zu werden pflegt, energisch die bloße Subsidiarität des Römischen Rechts geltend gemacht [84]) und Mevius durch seinen lateinischen Commentar zum Lübischen Rechte dessen Ansehen als einer Art von germanistischen Prototyps auch bei den damals blos Lateinisches lesenden Universitätsgelehrten in weiten Kreisen gefördert hatte, begannen auch die Civilisten von der alten Lehre abzulassen, wozu ein Anstoß von dem freigesinnten Holland aus gegeben wurde, dessen Civilisten nicht blos durch ihre innere Tüchtigkeit, sondern auch dadurch, daß man während des dreißigjährigen Krieges die holländischen Universitäten wegen ihrer größeren Sicherheit, — von Bremen aus auch wegen der reformirten Confession — zu besuchen sich gewöhnt hatte, einen erheblichen Einfluß auf die Praxis geübt haben. Dort lehrte Joh. Voet, daß dem Römischen Rechte nicht blos die Worte der heimischen Rechtsquellen, sondern auch deren Sinn und Geist, so wie das ungeschriebene Recht und alte Gewohnheiten, vorgingen. Nicht jede Lücke heimischer Rechtsquellen sei aus dem Römischen Rechte zu ergänzen, welches nur dann in Betracht komme, wenn es einmal in der betreffenden Materie recipirt sei. [85])

Daß in der That schon im 17. Jahrhundert die norddeutsche Praxis von dieser Auffassung ausging, zeigen die ähnlichen Worte des mit ihr wohlbekannten Schilter:

> quoties juris romani principium principiis juris patrii repugnat, praesumi juri patrio Germanos uti, nisi juris Romani dispositio lege vel consuetudine recepta probetur.

Er berief sich zu Gunsten dieses Grundsatzes auf die Praxis,

---

[84]) cfr. H. Conring, de origine juris Germanici ed. 3. Helmstadii, 1665. pag. 216—219.

[85]) cfr. Joh. Voet, Commentarius ad Pandectas I, 1 §. 2. — Quoties — — lis est, inspiciendum ante omnia, an non municipalis aut provincialis juris scripti verbis aut mente atque sententia decisa sit. His deficientibus ad jura non scripta, inveteratas regionis consuetudines, recurrendum. — — Neque enim perpetuum est axioma illud: omissa in statuto suppleri debere ex jure civili ac secundum illud decidi; — sed demum locum habet, si semel eâ in materiâ jus civile receptum sit eique nonnulla a statuto vel superaddita vel detracta inveniantur: nam si statutorum determinatio a juris Romani fundamentis plane deviaverit, minus tuto, quae desunt, ex legibus Romanis supplementum receperint ac definitionem.

namentlich von Niederdeutschland, wo man das deutsche Recht besser kenne und fester halte, als anderswo (quippe juris Germanici uti peritiores, ita et tenaciores fuerunt inibi et Jureconsulti et judices. [86])

In ähnlichem Sinne ward der blos subsidiäre Charakter des römischen Rechts im vorigen Jahrhundert energisch betont von Pütter [87]), welcher namentlich gegen die Annahme einer für das Römische Recht streitenden Vermuthung eifert, und damit freilich zeigt, wie man zu seiner Zeit auf den Kathedern der Civilisten sich von solchem Gedanken noch nicht ganz hat los machen können.

Um die Wende des Jahrhunderts aber erklärte A. D. Weber: „Der „Satz — einheimische Rechte gehen den auswärtigen vor — ist „ohne allen Zweifel wahr; allein man kann, ohne sich den gröbsten Irr„thümern Preis zu geben, nicht auch umgekehrt behaupten: Alles, was „Römischen Rechtens ist, gilt auch bei uns, wofern nicht deutsche Gesetze „das Gegentheil verordnen." [88]) Dieser Satz kehrt wörtlich wieder bei Glück [89]), und die ganze im Sinne desselben gehaltene Abhandlung ist bei der Lehre von der Reception beifällig angeführt in den Lehrbüchern von Thibaut, von Wening-Ingenheim und Mühlenbruch.

Um dieselbe Zeit, wo in solcher Weise von den Civilisten die alte reichskammergerichtliche Lehre von einer für das Römische Recht streitenden Vermuthung zu Grabe getragen wurde, hatten die Germanisten Runde und Eichhorn unter Berufung auf Pütter eine Sonderung der Institute des gesammten Privatrechts in römische, deutsche und gemischte je nach ihrem Ursprunge gefordert. [90]) Im Sinne solcher Sonderung sagt einer der neuesten Civilisten: „Endlich kommt das Römische Recht nicht „nur so weit nicht zur Anwendung, als das Verhältniß der verschiedenen „Quellen des gemeinen Civilrechts zu einander eine solche ausschließt, „sondern auch in so weit nicht, als es mit deutschrechtlichen In-

---

[86]) Vergl. Zeitschrift für deutsches Recht Bd. IX, S. 345. — Daß Schilter in der Lage war, praktische Erfahrungen aus allen Theilen Deutschlands sammeln zu können, zeigt sein Lebenslauf bei Pütter, Literatur des deutschen Staatsrechts Bd. I, S. 290.

[87]) Vergl. Pütter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrechte. Göttingen 1772. S. 107—108.

[88]) Vergl. A. D. Weber, Versuche über das Civilrecht, 1801. S. 14. (Schon 1782 in den „Reflexionen des Verfassers" gedruckt.)

[89]) Vergl. Glück's Commentar Bd. I, S. 352.

[90]) Vergl. Runde, Grundsätze des deutschen Privatrechts §§. 83. 84. Eichhorn, Einleitung. §. 28.

„stituten in Konflict geräth und diese vor jenem den Vorrang „behauptet haben.“ [91])

Solche Sonderung der einzelnen Institute und deren danach zu bemessende Beurtheilung nach Römischem oder deutschem Rechte wird indeß von den neuesten Germanisten und Civilisten übereinstimmend für eine Auffassung erklärt, womit man dem Römischen Rechte noch eine viel zu große Geltung einräume. Beseler, mit welchem in dieser Beziehung die Civilisten Kierulff und Windscheid sich einverstanden erklärt haben [92]), hebt hervor, daß „nicht der einheimische oder fremde Ursprung „der Rechtsquellen, sondern deren Natur und die Beschaffenheit der Rechts„institute den Umfang und die Art ihrer gemeinrechtlichen Geltung be„stimme. — — — „Der Richter“; fährt er fort, „kann daher das „römische Recht, auch abgesehen von dessen subsidiärer Natur und von „der möglichen Collision zwischen den Regeln des einheimischen und „fremden Rechts, nie ganz im Allgemeinen und unbedingt, etwa wie ein „Landesgesetz, zur Anwendung bringen; sondern er muß sich stets über „dessen Anwendbarkeit im Einzelnen Rechenschaft ablegen, — — — in „jedem zweifelhaften Falle muß daher die Geschichte der „Reception, welche in ihrer schwankenden Bedeutung bis auf die Gegenwart sich erstreckt, den Ausschlag geben.“ [93])

In demselben Sinne sagt Gerber: „daß das römische Recht „neben dem deutschen gelte und daß die Feststellung ihres gegenseitigen „Verhältnisses der Gegenstand einer noch keineswegs abgeschlossenen „Rechtserzeugung ist. Es gibt daher darüber keine allgemeinen Regeln, „sondern es bedarf stets der Untersuchung im Einzelnen.“ [94])

Eben so behauptet Stobbe: „daß die Reception des römischen „Rechts zu keinem festen Abschluß gekommen ist. Denn wenn auch die „Wissenschaft und die Praxis die Subsidiarität des römischen Rechts „nicht leugnen kann, so ist doch eine Grenzverrückung in den Anwendungs„gebieten des römischen und des deutschen Rechts jederzeit möglich und „es wird das Gebiet des unmittelbar geltenden römischen Rechts immer „enger werden, je mehr die Wissenschaft des deutschen Rechts fort„schreitet.“ [95])

---

[91]) Vergl. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht. 2. Aufl. Bd. I, S. 19—20.

[92]) Vergl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. 2. Aufl. S. 25 bis 26. Noten 3 nnd 4, woselbst auch die bezügliche Ansicht Kierulff's erörtert wird.

[93]) Vergl. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Bd. I, §. 9.

[94]) Vergl. Gerber, System des deutschen Privatrechts. §. 2.

[95]) Vergl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. I (1871), S. 22.

Dieselben Gedanken sind ausgesprochen von Roth [96]), Muther [97]) und Heusler. [98])

---

[96]) Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. I, S. 27.
[97]) Daselbst Bd. IV, S. 433, 435—436.
[98]) Daselbst Bd. VI, S. 128.

Sonach entspricht es auch einer Forderung der heutigen gemeinrechtlichen Wissenschaft, daß in der gegenwärtigen Arbeit der Versuch gemacht ist, aus der Geschichte der Reception des römischen Rechts in Lübeck und Hamburg nachzuweisen, daß Römisches Recht bei uns für stadtbuchmäßige Rechtsverhältnisse nicht recipirt ist.

Beilage I.

Urkunden=Buch der Stadt Lübeck Band III, Nr. 30, Seite 28—30.

Aufzeichnungen über Gerichtsverhandlungen, welche wegen einer dem Lübecker Hermann Witte in Segeberg geraubten und von ihm in Hamburg wieder aufgefundenen Partie Pelzwerk daselbst in Gegenwart der Abgeordneten des lübeckischen Rathes stattgefunden haben. O. J. (um 1290.)

Notandum, quod de talibus bonis, que concivi nostro Hermanno dicto Albo in oppido Segheberghe || nocturno tempore furtiue depredata fuerunt, idem Hermannus partem eorundem bonorum sub Nothelmo || dicto de Witzth in Hamburg reperijt manifeste. Repertis vero ibidem bonis iam dictus || Hermannus hec acta consulibus de Hamburg et aduocato intimauit, petens ab eisdem consilium et auxsilium, qualiter ageret, ut iusticia ei fieret et inivria alteri nulla faceretur. Sic a communi consilio duo consules cum aduocato missi fuerunt, vt ipsum maleficum peraudirent et causam vtrorumque audiendo memorie commendarent. Interrogatus a consulibus et a Hermanno predictus maleficus, vtrum opus haberet nec ne, recongnovit se opus habere et partem eiusdem operis demonstrauit. Item interrogatus, si magis haberet operis, qui negauit nichil magis penitus se habere. Tandem aduocatus cum consulibus Hamburgensibus assumpte sibi domine domus inquirendo, si aliquid in domo operis magis esset, que penitus negauit. Sic contigit cum ancilla. Hermannus vero petens iusticiam sibi fieri et queri in domo, quod hussokinghe dicitur, nam sciret magis de opere esse in eadem domo. Cum autem audiret predictus Nothelmus, quod hussokinghe fieri deberet, recongnovit se habere XXVI bundelen operis. Hermannus vero dixit esse XXVI tindelinghe, maleficus autem XXVI bundelen fore affirmauit. Interrogatis iam dictus Nothelmus a Hermanno quomodo ei ipsa bona dicta scevenitzen daret, qui respondit, quod

ei constarent ad XII solidos, que vix VII solidos valuerunt. Idem vero N(othelmus) nesciuit valorem bonorum, et primo negauerat, antequam hussokinghe fieri deberet, nulla bona magis penitus se habere. Inventum fuit eciam opus portowesc sub dictis scevenitzen, quod magis quam scevenitzen valere non estimabat. Sic consilio aduocati et consulum Hamburgensium et auxsilio predictus N(othelmus) conuictus a Hermanno primo clamore et posthec ligatura opere manibus suis supposito et perductus in compendium pubplice et ibidem vinculis innodatus. Ad hec acta domini consules de Lubeke quosdam de consilio cum aduocato et suis ciuibus Hamburg destinarunt causam peraudiendo, taliter quod suo conciui plene fieret iusticie complementum et iniusticia nulla fieret deprehenso. Qui consules de Lubeke (cum aduocato) conciuibusque suis comitem Adolfum et consules Hamburgenses rogantes, vt operam efficacem eis prestarent, ut iusticia ipsis fieret et inivria nulla raptori faceretur, sic dies iudicialis eis ponebatur, vbi actor cum suo comparuit prolocutore, acquirendo sentencia iusta, quod prefatus raptor ligatus, sicut in compendium pervenerat, cum rapina deberet in iudicium presentari. Hanc sentenciam recla (ma) uit quidam, qui cum iusta sentencia suus prolocutor esse non poterat, quia ad huc predo ad iudicium perductus non fuerat nec prolocutorem rogauerat nec optinuerat sentencia satis iusta. Tandem predicta reclamacio ad aures consulum Hamburgensium pervenit, qui super nostra sentencia penitus tacuerunt. Sed consules indicio assedentes cum aduocato et reclamatore ad raptorem miserunt peraudiendo, si fateretur in verba reclamatoris, quem non obtinuerat sibi prolocutorem rite, ut dedebat. Inquisiti eciam consules Hamburgenses a consulibus de Lubeke, si impio malefico rethorem dedissent de suo consilio, quia coram iudicio nullus ei fuerat rhetor adiudicatus, qui negauerunt. Posthec predictus reclamator raptoris recongnouit coram cousulibus Hamburgensibus, quod ipsi eum vocassent supra dormitorium canonicorum et ad hoc precibus coegissent, quod prius vnanimiter negauerunt. Insuper consules ipsum liberum de ligamine judicaverunt in domo preconum, prius quam ad iudicium duceretur. Cum autem ad iudicium duceretur sine rapina manibusque solutis rethor Hermanni petiuit sibi iustam dari sentenciam, cum Hermannus Albus esset actor in predicta bona et in virum sepius nominatum, si opus in manus raptoris coram iudicio deberetur presentari, an non. Nam hoc protestari poterat, quod nulli in iure suo obesse poterat, si opus de manibus raptoris deveniret, quoniam deberet cum opere in iudicium presen(ta)ri, sicut in compendium ductus

fuit. Hermanno vero hoc adiudicato, quod opus deberet raptori in manus presentari, adductis itaque bonis in iudicium posuerunt et predoni in manus non dederunt. Iterato quesita fuit sentencia, si opus raptori in manus necne deberet presentari, nominans ad hoc totum consilium Hamburgense in testimonivm, quod nulli in iure obesset, quod aliqua preplacitacio prefuisset. Sic secundarie adiudicatum fuit Hermanno, exquo protestari posset, quod ipsum opus raptori in manus deberet presentari. Hanc sentenciam reclamator raptoris reclamauit, et ad consules Hamburgenses missa fuit. Qui talem sentenciam dederunt ex quo tangeret honorem predonis, corpus et sanitatem, quod non sumere deberet predacionem sepe tactam. Quod autem omnia premissa taliter fuerint terminata, testes sunt domini consules Gherardus de Brema, Jordanus Pingwis, Nicolaus de Lindowe advocatus, Bruno de Warendhorp, Hermannus Hoppe, Albertus de Bardewic, Johannes de Bardewic, Martinus frater Goswini, Johannes Caluus, Heynricus Longus.

Beilage II.

Urkunden-Buch der Stadt Lübeck Band IV, Nr. 222, Seite 228—229.

Kaiser Karl IV. ernennt die jeweiligen Bürgermeister von Lübeck zu Reichsvicarien in Sachen des Landfriedens und gewährt ihnen das Recht der Land- und Nachfolge in alle fremden Territorien. 1374. März 23.

Wir Karl, von Gotes gnaden Romischer keiser, zu allen zeiten merer des reichs und kunig zu Beheim. Embieten den burgermeistern der stat zu Lubick, vnsern || vnd des heiligen reichs lieben getrewen, vnser genad vnd alles gut. Lieben getrewen. Vmb sunderliche trewe, frumkeit, vernunft vnd redlicheit, die wir czu aller stund || an euch, dem rate vnd den burgern gemeinlich der stat czu Lubick genczlich erfunden haben, vnd sunderlich, das ir vns vnd dem heiligen reiche czu eren vnd gemey || nem nucze der lande getrewlich czu fride geneyget seit, bose vntetige lewte czu vertilgen vnd frume lewte in irem wesen czu behalten, dorumb mit wolbedachtem mute, rate vnser vnd des reichs fursten, edelen vnd lieben getrewen, mit reehter wissen vnd crafft dicz brieues seczen vnd machen wir euch vorgenannte burgermeister, die yczunt sein, oder alle jar czukomende seyn, vnser vnd des heiligen Romischen reichs in den nachgeschribenen sachen vicarien, verweser vnd pfleger vnd geben euch gancze macht vnd gewalt, die wile wir oder vnser nachkomen an dem reiche, Romische keiser vnd kunige, des nicht widerruffen mit vnsern brieuen, das ir selber oder wem ir dis beuelhet von vnsern wegen vnd gleicherweis, als wir selber, sullet vnd moget ane widerrede vnd hindernisse allermeniclichs alle schedliche bose lewte, es sein morder, brenner, lant vnd wasser rawber, dieb, dibinne vnd alle ander misseteter, sie sein von euch oder andern voruestent oder vnueruestent, in aller fursten, greuen, freyen herren, ritter, knechte, stete gemeinscheften, landen, gebieten,

gerichten und begriffen suchen, vffhalten, angreiffen, vahen, slahen, ob des not wirdet, vber sie richten oder anders mit yn tun, nach dem als sie mit irer vbeltat haben verwirket wie ir des czu rate wirdet. Vnd domit sullet ir die vorgenannten burgermeister, vnd wem ir das empfelhet, nicht getan haben noch gebrochen wider dheinen fursten, grauen, freyen herren, ritter, knecht, stat oder gemeinschafft, yn des oder der lande, gebieten, gerichten oder begriffen ir solche vbelteter suchet, vahet, augreiffet, vffhaltet, slahet, vber sie richtet oder anders mit yn tut, sunder ir der rat, die burger, die gemeinde vnd stat zu Lubick mit den dienern sullet dorumb ledig vnd vmbeschuldigt sein vnd verleiben gleicherweis vnd in aller der masse, als ob wir selber soliche misseteter vnd vbeltetigen lewte suchten, vingen, slugen oder anders mit yn teten, wie wir des czu rate wurden. Vnd gebieten dorumb allen fursten, geistlichen vnd werntlichen, greuen, freyen herren, rittern, knechten, steten, amptluten, gemeinden vnd allen andern vnsern vnd des heiligen reichs getrewen vnd vndertanen, das sie die vorgenannten von Lubick wider dise gegenwurtige vnser seczunge, machunge vnd brieue nicht hindern, yrren oder besweren in dheine weis, sunder sie dobey von vnsern vnd des reichs wegen beschuczen, beschirmen vnd behalten, vnd wer darwider tete, der sal in vnser vnd des reichs vngnaden swerlich veruallen sein, als offte vnd dicke er das tut, vnd darczu eyner pene funfczig pfunt lotiges goldes, die halbe in vnser keiserliche camer vnd das anderhalb teil den vorgenannten vnsern lieben getrewen von Lubick die also wider vnser gegenwurtige brieue vberuaren werdent, an alle mynnerunge vnd abslag sullen geuallen. Mit urkunt dicz brieues versiegelt mit vnser keiserlichen maiestat ingesiegel, der geben ist czum Berlin, nach Christus geburte dreyczenhundert jar darnach in dem viervndsibenczigesten jare, in dem nechsten donerstag vor dem Palmentag, vnser reiche in dem achtvndzwenczigsten vnd des keisertums in dem newnczyenden jare.

Per dominum de Kolditz, magistrum camere, Conradus de Gypsenheim.

An Einen Hohen Senat.

Ergebenster Bericht des Obergerichts, die Reform des Hypothekenwesens betreffend.

§. 1. Einleitung. Natur der Aufgabe.

Als der Hohe Senat durch Decret vom 26. März 1864 dem Obergerichte den Auftrag ertheilte, Vorschläge in Betreff einer Reform des Hypothekenwesens zu machen, stellte er demselben eine Aufgabe, die auch in formeller Beziehung wesentlich verschieden war von derjenigen, deren Lösung im Jahre 1851 der mit Ausarbeitung von Gesetzentwürfen über die Umgestaltung des Gerichtswesens u. w. d. a. betrauten Commission übertragen war. Jener Commission war in den vorher durch gemeinschaftliche Beschlüsse des Senats und der Bürgerschaft festgestellten „Grundlinien" eine bestimmte Richtung ihrer Thätigkeit vorgezeichnet, für welche es an äußeren Anlehnungspunkten nicht fehlte, da eine große Zahl anderer Staaten umfassendere Gesetzgebungen in der durch die „Grundlinien" vertretenen Richtung bereits erlassen hatten. Eine ähnliche Anweisung über die Richtung der zu entwickelnden Thätigkeit war in dem Auftrage vom 26. März 1864 nicht gegeben. Zwar hat auch der Ruf nach Reform des Hypothekenwesens in den meisten Deutschen und in anderen Europäischen Staaten eine reiche Literatur hervorgerufen. Diese Literatur liefert eine Erläuterung des Ausspruchs jener Rechtslehrer, welche erwähnen, daß die Hansestädte in dieser Materie das, bis jetzt noch nirgends vollständig erreichte Muster gewesen sind für ganz Deutschland. [1])

---

[1]) Vergl. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts Bd. II, S. 140 bis 148. Mittermaier im Archiv f. civil. Prax. Bd. XVIII, S. 151—152. Bd. XXXIII, S. 445 (452—456), Bd. XXXVI, S. 421—422. Auch in dem Gutachten, welches Lührsen dem deutschen Juristentage auf dessen Begehren erstattet hat, heißt es: „Nur die Hansestädte haben fest an dem deutschen Verfahren von je her gehalten, „und Mecklenburg hat dasselbe, wenn auch nicht ganz consequent, doch dem Wesen

Es wird dabei freilich immer fast nur des Hamburgischen Hypothekenwesens erwähnt, weil das Bremische, wie sich unten zeigen wird, seiner eigenthümlichen Ausbildung wegen sich nicht übertragen läßt, das Lübeckische aber nicht so allgemein bekannt ist und bei seiner großen Uebereinstimmung mit dem Hamburgischen [2]) neben diesem einer wissenschaftlichen Erwähnung auch nur insofern bedurfte, als man die Hypothekengesetzgebung beider Städte mit dem gemeinschaftlichen Namen der hanseatischen bezeichnen kann. Unter diesen Umständen darf nicht unbeachtet bleiben, daß gerade solche Einrichtungen, die seit einigen Jahren von einem Theile des hiesigen Publikums als verkehrt und der Aenderung bedürftig angesehen sind, von Männern der Wissenschaft und der Praxis als große Vorzüge des Hamburgischen Hypothekenwesens gerühmt werden. [3])

„nach in seiner neueren Gesetzgebung aufgenommen, worin vornehmlich einer der „mehreren anerkannten Vorzüge der Mecklenburgischen Einrichtungen für das Hypothekenwesen besteht." Siehe Verhandlungen des deutschen Juristentages. 1862. I, S. 93.

[2]) Die einzige praktische Verschiedenheit des Hamburgischen Hypothekenwesens von dem hiesigen, für die Stadt gültigen, besteht darin, daß dort die Kündigung jedes Pfandpostens in jedem Quartaltermine geschehen kann, im Uebrigen aber dort die Pfandpöste weniger beweglich sind, als bei uns, insofern dort Verlassungstermine nur siebenmal im Jahre stattfinden, und auch die Tilgung nicht ohne vorherige Verlassung des Postens an den Eigenthümer gestattet wird. Vergl. Baumeister, Hamb. Privatrecht I, S. 193—226.

[3]) Vergl. Reck, Ueber das deutsche Credit- und Hypothekenwesen. I, S. 84. „Die Stadt Hamburg hat im Wesentlichen auf die altdeutschen Institute fortgebauet „und dies genügt schon, um ein gutes Realcreditsystem zu begründen. — — Sie kennt „gar keine hypothekarische Obligationen, was uns Hannöverschen Geschäftsleuten eine „wunderbare Erscheinung sein mag, und ihre ganz offene und öffentliche Procedur in „Hypothekensachen und ihre Buchführung übertreffen bei weitem Alles, was wir in „der Hinsicht gesehen haben. Man geht nur mit Bewunderung von ihrem Hypothekenbuche weg, weil man vorher eine solche Präcision, Kürze und Zweckmäßigkeit „nicht für möglich gehalten hat. — Indeß muß die erste Handelsstadt der Deutschen „billig auch etwas vor ihren nicht ganz so gesegneten Schwestern voraus haben. „Möge nur der Eilwagen ihrer Geschäfte, von dem Hügel herunter donnernd, nie das „Gleichgewicht verlieren, und Verwirrung in das köstliche Hypothekenbuch einbrechen, „die bei den angenommenen Maximen verderblicher sein würde, als wenn die Fluthen „des Meeres in die gute Stadt heraufdrängen." — Archiv für civilistische Praxis Bd. XXXIII (1850), S. 455: „Als ein großer Vorzug zur Sicherung des Realcredits „wird fortwährend in Hamburg die Beibehaltung des Verfahrens angesehen, daß die „Einschreibungen nicht, wie in Preußen, auf den Grund der zwischen den Parteien „geschlossenen Verträge und anderer den persönlichen Anspruch begründenden Urkunden, „sondern nur auf Grund mündlicher, die Einwilligung in die Umschreibung aussprechender Erklärungen geschehen." — Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung I (1859), S. 251: „Bei richtigen Einrichtungen hängt es nur von dem Willen des „Gesetzgebers ab, ob er nicht überall das ganze leidige Obligationswesen beseitigen

Unter diesen Umständen konnte das Obergericht den Auftrag vom 26. März 1864, sowie den erneuerten Auftrag vom 28. Januar 1865, zunächst nur als eine Aufforderung ansehen, zu erwägen, ob und in welcher Weise zweckmäßig den einheimischen Hypotheken-Ordnungen eine thunlichste Gleichförmigkeit zu geben sei, und Vorschläge zu machen zur Abstellung einzelner Mängel, auf welche etwa die Erfahrung geführt haben oder führen sollte.

Ein anderer Gesichtspunkt trat hervor, als Hoher Senat unter Mittheilung des in den Sitzungen der Bürgerschaft vom 15. Mai 1865 und des Bürgerausschusses vom 17. Mai 1865 angenommenen Antrages des Dr. W. Brehmer:

> Einen Hohen Senat um baldige Vorlage einer neuen Hypothekenordnung zu ersuchen, durch welche den Anforderungen auf Erleichterung im Realcredit Rechnung getragen werde,

durch Decret vom 20. Mai 1865 denselben dem Obergerichte zu baldigster Erledigung empfahl.

Handelt es demnach sich um Realisirung einer volkswirthschaftlichen Hoffnung durch Veränderung des Hypothekenrechts, so kann sich die Aufgabe des Obergerichts nicht auf Erörterungen von rein juristischer Natur beschränken. Den Forderungen, welche die Lehrer der Volkswirthschaft bis jetzt an die Hypothekengesetzgebung im Interesse der Sicherheit gestellt haben, entspricht unsere Gesetzgebung. Eine wesentliche Veränderung ihrer Grundlagen würde leicht dahin führen können, die wirkliche Sicherheit der Capitalien oder wenigstens das Gefühl der Sicherheit bei den Gläubigrrn zu vermindern. [4]) Es fragt sich: ob die daraus dem Realcredit drohenden Gefahren aufgewogen oder gar übertroffen werden durch die bei größerer Beweglichkeit der Capitalien für denselben zu erwartenden Vortheile? Die Erörterung dieser Frage führt

---

„und an deren Stelle einfache Inscriptionen der Summen unter Benennung der „Priorität treten lassen wolle, wobei das Gesetz dann den Umfang der Rechte einer „solchen Inscription im Allgemeinen festzustellen hat, der Privatwillkür es über„lassend, durch hinzuzufügende Clauseln in einzelnen Fällen specielle Verabredungen „bemerken zu lassen. Eine richtige Buchführung gestattet auch eine Beibehaltung der „gerade gebräuchlichen Obligationen, obgleich solche eine nutzlose, kostspielige Weit„läuftigkeit sind, deren Beseitigung von einer neuen Gesetzgebung billig erwartet „werden möchte."

[4]) Vergl. Dr. Cl. de Boor. Ueber das hamburgische Hypothekenwesen S. 23: „Es kommt daher für unsere Gesetzgebung darauf an, zu entscheiden, was für Hamburg wünschenswerther sei, ein auf fester Basis ruhender Realcredit, oder ein „rapider Verkehr mit den in Grundstücken angelegten Capitalien. Vereint können wir „Beides nicht haben."

I. auf das Gebiet der Volkswirthschaft.

Es ist demnach zu betrachten:

1) die volkswirthschaftliche Verschiedenheit der auf dem Geldmarkte Beschäftigung suchenden Capitalien und der für die Unterbringung derselben sich darbietenden Gelegenheiten, mit den für die Hypothekengesetzgebung sich daraus ergebenden Consequenzen;

2) die Natur der volkswirthschaftlichen Zustände, welche den Wunsch nach größerer Beweglichkeit des Hypothekenverkehrs erzeugt haben, und das Verhältniß einer möglichen Einwirkung auf diese Zustände durch größere Beweglichkeit des städtischen Hypothekenverkehrs.

II. In der sodann folgenden juristischen Erörterung wird

1) anzugeben sein, was ohne Veränderung der Grundlagen unseres Hypothekenrechts zur Beförderung einer größeren Beweglichkeit der Capitalien geschehen kann, worauf

2) diejenigen auswärtigen Rechtsgebilde, (in Bremen und Mecklenburg,) welche ihrer größeren Beweglichkeit wegen gerühmt zu werden pflegen, ihrer wesentlichen Beschaffenheit nach geschildert werden sollen.

Daraus ergeben sich

3) die Bedenken, welche das Obergericht für jetzt abgehalten haben, einen nach den Grundsätzen jener auswärtigen Rechtsinstitute ausgearbeiteten Gesetzentwurf vorzulegen und sich zunächst einen Beschluß über die bei der weiteren Arbeit zu befolgenden Grundsätze zu erbitten.

I. Volkswirthschaftliche Erörterung.

§. 2. Verschiedenheit der Capitalisten.

Jeder aufmerksame Beobachter des Verkehrslebens wird fast von selbst auf die von einigen Schriftstellern [5]) gemachte Bemerkung geführt werden, daß unter den auf dem Geldmarkte angebotenen Capitalien eine Verschiedenheit stattfindet, deren Zusammenhang mit den Verhältnissen, den Interessen und den Wünschen ihrer Besitzer von volkswirthschaftlicher Bedeutung ist und daher von der Gesetzgebung nicht unberücksichtigt gelassen werden darf. Es gruppiren sich diese Verschiedenheiten zu zwei [6])

---

[5]) Vergl. Archiv für civilistische Praxis Bd. XVIII, S. 169. — Kritische Vierteljahrsschrift Bd. I, S. 259. — Zeitschrift für Staatswissenschaft Bd. I, S. 401.

[6]) Der englische Nationalökonom Tooke unterschribet drei Klassen. Vergl. Roscher, System der Volkswirthschaft Bd. I, §. 179, Note 4.

großen Klassen, deren eine man als die der festen oder dauerhaften Capitalien bezeichnen kann, während die andere als die der flüssigen oder transitorischen erscheint. Das unterscheidende Merkmal besteht darin, daß die dauerhaften Capitalien entweder gar nicht oder erst nach längerer Zeit und nach erheblichen Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen ihrer Besitzer die Bestimmung haben, anders verwendet zu werden, als in der Form des Darlehens, auf dessen Zinsen die Besitzer als auf einen regelmäßigen Theil ihres Einkommens rechnen, während die transitorischen Capitalien regelmäßig zu anderen wirthschaftlichen Verwendungen, z. B. zum Handel, zur Fabrikation oder Landwirthschaft, bestimmt sind und nur vorübergehend, bis zu einer solchen Verwendung sich Gelegenheit findet, in zinstragender Form nutzbar gemacht werden. „Die nützlichsten Darleiher für den Grundeigenthümer", heißt es in der Kritischen Vierteljahrsschrift a. a. O., „sind Stiftungen, Kirchen, Fidei„commisse, Wittwen, Minderjährige, überhaupt Leute, welche von ihren „Zinsen leben wollen. Diese begnügen sich mit geringeren Zinsen, „welche sie aber sicher und ohne Unterbrechung erheben wollen. Das „Capital selbst zu empfangen, ist ihnen ungelegen, und sie werden ver„meiden, da Hypotheken zu nehmen, wo sie in den Fall kommen können, „daß ihnen das Capital zur ungelegenen Zeit angeboten werden kann, „oder daß sie es wohl gar aus einer Concursmasse reclamiren müssen. „Dieses zu vermeiden, giebt es keinen anderen Weg, als den, daß beim „Concurse des Eigenthümers, sowie bei anderen Zwangsverkäufen, das „Grundstück beständig einen Specialconcurs für sich bilde, und daß es „verkauft wird, wie es belastet ist. Die beim Verkaufe gedeckten Hypo„theken gehen mit dem Grundstück auf den Käufer über, welcher den „Betrag derselben vom Kaufpreis in Abzug bringt. Nur der etwaige „Ueberschuß kommt zur Masse, an welche auch die beim Verkaufe nicht „gedeckten hypothekarischen Forderungen zu verweisen sind. Ein solches „Verfahren ist auch das einzige Mittel, den Werth der Grundstücke in „bedrängten Zeiten aufrecht zu erhalten."

Was aus dieser, auf die Interessen und Wünsche der Besitzer fester Capitalien gegründeten, bei uns erfüllten Forderung für die Form der Cessionen von Pfandpösten folgt, wird unten hervorgehoben werden. Zunächst ist hier noch einer anderen für die Gesetzgebung wichtigen Verschiedenheit zwischen den gedachten beiden Klassen von Capitalisten zu gedenken.

Die Besitzer transitorischer Capitalien sind in der Regel Geschäftsleute, die mitten im Verkehrsleben stehen, die gewöhnt sind an jene scharfe Wachsamkeit auf alle Verhältnisse ihrer Schuldner, welche durch den Verkehr mit Wechseln und durch die Nothwendigkeit rechtzeitiger

Beitreibung kaufmännischer Forderungen zur anderen Natur werden kann. Wegen solcher ihrer geschäftlichen Gewandtheit werden diese Repräsentanten des beweglichen Capitals vielleicht kaum berücksichtigen, daß größere Beweglichkeit hypothekarischer Capitalien eine Verminderung ihrer Sicherheit mit sich bringen kann. Können Cessionen der Pfandpöste anders erfolgen, als vor dem Hypothekenbuche, und lassen sich daher nicht aus diesem Buche stets die Namen der Pfandgläubiger ersehen, so können letztere natürlich auch nicht von Ereignissen, bei welchen die Rücksicht auf ihre Sicherheit sie zur Thätigkeit nöthigen kann, z. B. von bevorstehenden Subhastations-Terminen oder von dem Eintritt eines neuen Eigenthümers, zu rechter Zeit amtlich benachrichtigt werden. Das aber wird die Besitzer der beweglichen Capitalien nicht kümmern, weil sie gewohnt sind, alle öffentlichen Bekanntmachungen zu lesen, weil sie täglich an der Börse von allen geschäftlich interessanten Begebenheiten in der Stadt Kunde erhalten, kurz: weil ihnen ohnehin nichts entgeht, was sie wissen müssen, um alle zu ihrer Sicherheit nöthigen Schritte rechtzeitig thun zu können.

In der That kann eine Gesetzgebung, welche alle Gläubiger zu solcher beständigen Wachsamkeit nöthigt, durch diese der ganzen Bevölkerung zur Gewohnheit gewordene Wachsamkeit minder schädlich wirken. Die Bemerkung Mittermaier's [7]), daß in Ländern, wo das Römische Recht rein, ohne Hypothekenbücher, gilt, häufig mehr Sicherheit und mehr Credit anzutreffen sei, als da, wo das System der Hypothekenbücher nicht mit den hier und in Hamburg von Alters her festgehaltenen Consequenzen ausgebildet ist, weil in den Ländern der ersten Art der Gläubiger weiß, daß er nur sicher ist, wenn er selbst streng alle Verhältnisse prüft, sich daher auch weit ängstlicher erkundigt und das Benehmen des Schuldners überwacht, — wird bestätigt durch die aus langjähriger Erfahrung entnommenen Mittheilungen Götze's [8]), wonach in Neuvorpommern ohne Hypothekenbücher mehr Credit herrscht, als in den alten preußischen Provinzen unter der Herrschaft der Hypotheken-Ordnung.

Nur da jedoch, wo die Mangelhaftigkeit der Gesetzgebung alle Gläubiger an beständige Vigilanz von jeher so gewöhnt hat, daß sie das Gefühl ruhiger Sicherheit gar nicht kennen, wird das bei vielen Besitzern fester Capitalien vorhandene Bedürfniß eines solchen Gefühls der Sicherheit ohne Schaden für den Credit unbefriedigt bleiben können. Viele, vielleicht die meisten, Besitzer fester Capitalien, stehen nicht im Geschäftsleben

---

[7]) Archiv für civilistische Praxis Bd. XVIII, S. 153.

[8]) Götze, die Reform des Hypothekenwesens. Berlin 1857. S. 1–2, 66–92.

und sind nicht so geschäftskundig, wie die Besitzer beweglichen Capitals. Auch solche feste Capitalisten, welche (gleich Stiftungen, Minderjährigen oder Wittwen) durch geschäftskundige Männer vertreten oder berathen sein müssen, werden, wenn überall, doch mit größerer Schwierigkeit, geeignete Männer bereit finden zur Uebernahme der Vertretung, wenn die Beschaffenheit der Hypotheken-Gesetzgebung jeden Verwalter eines Vermögens zu einer für Manche beschwerlichen Vigilanz nöthigt.

Die allerbedenklichsten Folgen für den Realcredit aber können nicht ausbleiben, wenn eine Gesetzgebung, welche das in den Verhältnissen der meisten Besitzer fester Capitalien begründete Bedürfniß des Gefühls ruhiger Sicherheit bisher vollständig befriedigt hat, durch den Uebergang zu einem Systeme größerer Beweglichkeit sie nöthigen will zu einer ihnen bisher ungewohnten Vigilanz. Die Besorgniß, durch irgend welche Versäumniß in Verlüste zu gerathen, kann bei vielen derjenigen Capitalisten, auf deren Vertrauen die Grundeigenthümer vorzüglich angewiesen sind, den Wunsch erzeugen, ihr Geld lieber in anderer Weise untergebracht zu wissen. Die aus solchen Wünschen und Besorgnissen hervorgehenden massenhaften Kündigungen würden den Realcredit, welchen man zu befördern meint, erst recht herunterbringen.

§. 3. **Verschiedenheit der Pfandpöste. Persönliche Haftung des Eigenthümers. Volkswirthschaftliche Bedeutung jener Verschiedenheit.**

Wenn die persönliche Haftung des Eigenthümers für die auf seinem Grundstücke ruhenden Pfandgelder vom juristischen Standpunkte aus erörtert wird, so kann das Resultat, mögen nun die Gründe für oder wider solche Haftung den Ausschlag geben, doch nicht wohl verschieden ausfallen, je nach Verschiedenheit der Grundstücke, weil es eben bloße Rechtsgründe sind, welche für die blos juristische Prüfung den Ausschlag geben. Die wirthschaftliche Bedeutung solcher Haftung des Eigenthümers dagegen ist verschieden je nach der Verschiedenheit der Grundstücke. Der Capitalist wird bei dem Angebote eines Postens in einem großen Landgute oder einer bedeutenden Bauerstelle viel weniger Gewicht legen auf die Person des Eigenthümers, als auf den Werth des Gutes. Weniger ein solcher reiner Real-Credit, als vielmehr eine Mischung von Real- und Personal-Credit ist durch die wirthschaftliche Natur der Sache bedingt bei städtischen und kleinen ländlichen Grundstücken [9]), deren Werth je nach dem Grade des Wohlstandes und der Betriebsamkeit ihrer Besitzer steigen oder fallen kann.

[9]) Ueber die Wichtigkeit dieser Unterscheidung vergl. Götze l. c. S. 24. — Zeitschrift für Staatswissenschaft Bd. XII, S. 572—573, Note 2, S. 575. — Archiv für civilistische Praxis Bd. XXXIII, S. 437—438.

Diese Verschiedenheit der Pfandpöste dürfte nicht ohne Einfluß geblieben sein auf den Inhalt der verschiedenen Hypotheken-Gesetzgebungen. Da nämlich für die Gesetzgebung der rechtliche Gesichtspunkt natürlich von überwiegender Wichtigkeit ist, und sie daher zu einer Statuirung verschiedener Rechtsfolgen derselben Handlungen für verschiedene Stände sich schwer entschließen möchte, so wird sie, je nachdem sie den für den großen ländlichen, oder den für den städtischen Grundbesitz wichtigeren wirthschaftlichen Gesichtspunkten überwiegenden Einfluß einzuräumen in der Lage ist, die persönliche Haftung des Eigenthümers auszuschließen oder vorzuschreiben geneigt sein. Ersteres ist, wie sich unten zeigen wird, in Mecklenburg geschehen, letzteres von der hiesigen Bürgerschaft wiederholt mit großer Entschiedenheit verlangt und durchgesetzt.

So namentlich im Jahre 1815. — Bekanntlich gab es damals im Oberen Stadtbuche noch nicht getrennte Folien für die einzelnen Grundstücke, und es wurden damals noch nicht, wie jetzt, die Pfandgläubiger von dem Eintritt eines neuen Eigenthümers amtlich benachrichtigt. Diesen damals noch vorhandenen formellen Unvollkommenheiten scheinen sich mißbräuchliche Anwendungen der s. g. Stadtbuchsnoten hinzugesellt zu haben. Die damaligen Bürger-Repräsentanten fanden sich dadurch bewogen, in einem der Bürgerschaft übergebenen, und von dieser mittelst Eingabe vom 21. Februar 1815 dem Senate eingereichten Gutachten vom 19. Januar 1815 unter Hinweisung auf das stadtrechtlich dem Rentner zustehende Vorkaufsrecht sich folgendermaßen zu äußern:

„Sie glauben: Cajus sei Eigner des Hauses und Ihr Pfandschuldner, „aber schon seit Jahr und Tag hat dieser es einem Anderen überlassen; „seit Jahr und Tag ist es einem Anderen geschrieben; die Umschrift ge„schah ohne Ihr Vorwissen und Ihre Zustimmung; weder wurden Sie „dazu gefordert, noch begehrte man von Ihnen als Rentenirern den „Verzicht Ihres Vorkaufsrechts. So hat sich Ihr wohlhabender „Schuldner — allen Rechtsbegriffen zuwider — einseitig seiner Ver„bindlichkeit gegen Sie entschlagen und sich einen Bettler substituirt, der „für ein reichliches Almosen oder für die Aussicht einer jährlichen freien „Wohnung sich diesem betrüglichen Geschäfte hingab." [10])

Andere Anregungen, welchen diese Eingabe hinzutrat, hatten schon vorher im Senate die Einsetzung einer Commission für das Hypothekenwesen veranlaßt, deren Thätigkeit in der Stadtbuchs-Ordnung von 1818 und in der Hypotheken-Ordnung für das Landgebiet von 1820 ihren Abschluß fand. Später gab die Rechtsfrage: ob ein Eigenthümer für

[10]) Vergl. die Registratur-Acten, die Revision der Oberen Stadtbuchs-Ordnung betreffend. Hypothekenwesen I, Vol. B. Fasc. 2, Nr. 9.

ältere, vor seiner Besitzerwerbung in sein Grundstück eingeschriebene, von ihm übernommene Pfandpöste noch über den Werth seines Grundstückes hinaus persönlich hafte? — zu Processen Veranlassung. Die darin hervorgetretene Rechtsungewißheit in Verbindnng mit anderen Umständen bestimmte den Dr. Lembke, mittelst einer Eingabe an die Bürgerschaft vom 13. August 1845 die Aufmerksamkeit derselben auf die um jene Zeit bei Kündigungen der in hiesigen Grundstücken belegten Pfandgelder hervorgetretene Schwierigkeit, an Stelle der gekündigten Capitalien andere wieder zu bekommen, hinzulenken. Die Bürgerschaft erwählte zur Berathung dieses Gegenstandes am 15. October 1845 eine Commission, in welcher gegen einen Antrag auf Einführung transportabler Hypotheken-Papiere mit Erfolg geltend gemacht wurde, daß jede Einrichtung, welche darauf hinauslaufe, dem Pfandgläubiger ein Papier in die Hand zu geben, dessen Uebertragung den Uebergang des Rechts herbeiführen könne ohne Verzeichnung der Cession im Obern Stadtbuche, nicht sowohl eine Verbesserung, als vielmehr eine Verschlechterung der für den Realcredit ersprießlichen Grundlagen des hiesigen Hypothekenwesens in sich schließe. Man einigte sich in jener Commission dahin, daß Alles, was die Gesetzgebung für eine Hebung des Realcredits thun könne, sich auf eine Beseitigung der in den gedachten Processen hervorgetretenen Rechtsungewißheit beschränke, und daß daher nur eine bestimmte gesetzliche Anerkennung der persönlichen Haftungspflicht des Eigenthümers für alle auf seinem Grundstücke haftenden Pfandpöste wünschenswerth sei. Solche Anerkennug ist demnächst durch die Verordnung vom 25. März 1848 (Sammlung der Lübeck. Verordnungen Bd. XV, S. 13—16) erfolgt.

Auch der in solcher Weise befestigte Credit aber wird freilich nicht über die Gränzen hinaus wirken können, auf welche jeder städtische Realcredit seiner Natur nach beschränkt ist. Bereitwilligkeit zum Ankaufe eines Pfandpostens kann nur bei Demjenigen vorausgesetzt werden, welcher in der Lage ist, die für die Sicherheit des Pfandpostens in Betracht kommenden thatsächlichen Umstände kennen und prüfen zu können. Städtische Pfandpöste, auch wenn ihre Sicherheit durch die persönliche Haftung des Eigenthümers verstärkt wird, können daher nur angeboten werden auf einem örtlich begrenzten Geldmarkt. Pfandpöste in einem größeren Rittergute dagegen, dessen katastermäßige Größe entweder auf dem Hypotheken-Extract bemerkt oder, wie bei den mecklenburgischen Rittergütern, aus gedruckten, dem Publikum zugänglichen Verzeichnissen ersichtlich ist, haben eben deshalb einen weit größeren Markt, — einen Markt, welcher kaum enger begrenzt sein dürfte, als der für manche Staatsschuldscheine und ähnliche Werthpapiere übliche. Ein Pfandposten guter Priorität in einem Mecklenburgischen Rittergute wird in Lübeck,

Hamburg und Berlin leichter genommen werden, als die beste Bremische Handfeste bei der Bremischen Bank, deren Verwaltung im August 1864 nach einer dem Obergerichte zugekommenen Mittheilung auf eine Anfrage: wie die Bank es mit der Verpfändung von Handfesten zu halten pflege? die Antwort ertheilte: „Bisher sei der Fall überall noch nicht vorgekommen, „daß Jemand der Bank Handfesten zum Versatze oder Verkaufe angeboten „habe. Sollte dergleichen vorkommen, was man aber kaum für wahr„scheinlich halte, so werde man auf ein solches Geschäft nur nach sorg„fältigster Ueberlegung eingehen, jedenfalls aber nicht ohne vorgängige „Verständigung mit dem Williger der Handfeste" (d. h. dem Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks).

Es ergiebt sich hieraus eine praktische Bestätigung der obigen Bemerkung über die enge Begrenzung des für städtische Pfandpöste zugänglichen Marktes. Es ergiebt sich daraus ferner, daß städtische Pfandpöste selbst innerhalb der örtlichen Grenzen, wo die Besitzer fester Capitalien sie gerne nehmen werden, auch bei größter Beweglichkeit in der Form ihrer Uebertragung durch die Natur der Sache von dem Bankverkehr ausgeschlossen sind. Zettelbanken können bei der Annahme von Werthgegenständen nur nach den Verhältnissen des großen Geldmarktes, nicht aber nach den Gesichtspunkten sich richten, welche für die am Orte ihres Domicils wohnenden Besitzer fester Capitalien zulässig und passend sind. Weil sie stets die Eventualität plötzlichen Zurückströmens ihrer Zettel zur Kasse im Auge haben und für solche Fälle an den ihnen verpfändeten Werthpapieren einen sofort wirksamen Rückhalt besitzen müssen, so werden sie solche Papiere vorziehen, für welche mit gleicher Leichtigkeit auch auf auswärtigen Märkten baares Geld zu bekommen ist.

Auf dem großen Geldmarkte und im Bankverkehr können demnach wohl ritterschaftliche Hypotheken, nicht aber städtische Hypotheken, selbst wenn sie gleich den Bremischen Handfesten au porteur gestellt sind, mit Staatspapieren concurriren.

Dieser in der Natur städtischer Pfandpöste liegende Umstand ist nicht außer Acht zu lassen bei der Beurtheilung ihrer Stellung zu den Wünschen nach größerer Beweglichkeit des Hypothekenverkehrs.

§. 4. Von welcher Art sind die Uebelstände, welche die Wünsche nach größerer Beweglichkeit des Hypothekenverkehrs erzeugt haben?

Nicht hier allein, sondern auch in anderen Ländern, hat sich in neuerer Zeit ein Ruf nach größerer Beweglichkeit des Hypothekenverkehrs

erhoben und auch in der Literatur bereits Vertretung gefunden. [11]) Ein Blick in das Leben und auf diese Literatur zeigt, daß der Druck, welcher zu jenem Rufe geführt hat, nicht sowohl auf dem Boden des Hypothekenrechts, als vielmehr auf dem Geldmarkte gefühlt wird.

Als vor mehr denn zwanzig Jahren der Bau von Eisenbahnen in Deutschland von den Regierungen theils direct mit Hülfe von Staatsanleihen, theils indirect auf dem Wege der Zinsgarantie lebhaft gefördert zu werden begann, schrieb ein württembergischer Nationalökonom nach Erwähnung der daraus für die Capitalisten sich entwickelnden günstigen Aussichten:

„Landwirthschaft und Gewerbe aber senken bedenklich das Haupt, „und wollen keineswegs die allgemeine Heiterkeit theilen; sie finden die „Capitalien ihren Kreisen entrückt, zu einer Zeit, wo besonders der „Gewerbestand für eine Hebung und Belebung des Creditsystems für „seine Zwecke ängstlich bemüht sein muß." [12])

Die fernere Entwickelung des wirthschaftlichen Lebens hat allerdings eine theilweise Bestätigung dieser Ansicht gebracht. Neue Gelegenheiten zur Unterbringung von Capitalien sind in Hunderten von Millionen theils als Actien, theils als Staatspapiere auf den Geldmarkt geworfen, hier in Lübeck allein bis zum Betrage von 17 Millionen Mark Courant. Die dadurch den Hypotheken gegenüber entstandene Concurrenz, obgleich sie sich in viel größeren Summen entwickelt hat, als jener Nationalökonom im Jahre 1844 vermuthet haben mag, hat sich aber doch noch nicht so gefährlich erwiesen, wie seine Worte andeuten, wenigstens in Betreff Lübeck's. Der Gesammtumsatz in hiesigen städtischen Hypotheken ist fortwährend sehr beträchtlich [13]), wiewohl bei dem Mangel statistischer

---

[11]) Vergl. die oben in Note 8 citirte Schrift von Götze, und: Lehmann, die Mobilisirung des Hypothekenbriefes. Erlangen 1863, recensirt in Zarncke's literar. Centralblatt Nr. 2 vom 9. Januar 1864, Sp. 36—37.

[12]) Volz in der Zeitschrtft für Staatswisseeschaft Bd. I, 1844, S. 393; vergl. auch S. 404.

[13]) Nach der „Uebersicht über die Geschäftsthätigkeit des Obergerichts vom 1. März bis 31. December 1864" sind in diesen zehn Monaten bei dem Oberen Stadtbuche vorgekommen:

Um- und Zuschriften von Grundstücken zum Werthbetrage von 1,629,400 Mk., neue Verpfändungen für die Summe von 755,940 Mk., Umschriften von Pfandpösten zum Betrage von 314,250 Mk., Tilgungen zum Betrage von 318,768 Mk. 6 Sch. — Bei den Registratur-Acten (vergl. oben Note 10) finden sich als Anlagen einer Eingabe des damaligen Secretärs Lembke Uebersichten über den Umsatz im Oberen Stadtbuche in den Jahren 1808 und 1809, in welchen Jahren der Rückschlag im Real- und Personal-Credit gegen die frühere Zeit noch nicht so stark gewesen sein dürfte, als in und zunächst nach der französischen Zeit. Nach dieser Eingabe belief der Umsatz in

Daten aus einer längeren Reihe früherer Jahren sich nicht in Zahlen angeben läßt, ob er durch die Concurrenz der Staatspapiere abgenommen oder trotz derselben zugenommen hat.

Wollte man indeß auch annehmen, daß der Realcredit durch die Concurrenz der Staatspapiere wirklich gelitten habe, so wird man doch nicht vergessen dürfen, was ein namhafter Jurist sagt: „Diejenigen „irren, welche die Hebung des hypothekarischen Credits einzig und allein „von einer guten Gesetzgebung erwarten. Der Realcredit ist eben so „sehr von den ökonomischen und sittlichen Zuständen der Zeiten und „Länder abhängig.“ [14]) Die Meinung, daß volkswirthschaftliche Uebelstände durch legislatorische Einwirkung auf ihre Symptome sich heilen ließen, hat in älterer Zeit auf den Gedanken geführt, Korntheuerungen durch Getreideausfuhrverbote mildern zu wollen. Die Erfahrung hat aber gelehrt, daß man damit das Uebel nur schlimmer machte, und auch in neuester Zeit hat der in einem deutschen Lande gemachte Versuch, den gesunkenen Hypotheken-Credit durch künstliche Mittel der Gesetzgebung heben zu wollen, gerade für den Hypotheken-Credit die traurigsten Folgen gehabt. [15]) Eine naturgemäße Behandlung wird auch hier ausgehen müssen von einer richtigen Einsicht in die wirthschaftliche Natur des Uebels und von einer Betrachtung der in dem wirthschaftlichen Leben selbst liegenden Heilmittel, ohne deren Würdigung das Eingreifen der Gesetzgebung viel eher schaden, als nützen kann.

§. 5. **Was kann dem behaupteten Uebel gegenüber geschehen? und wie verhält sich dazu die gesetzliche Erleichterung einer größeren Mobilisirung des Verkehrs mit städtischen Hypotheken.**

Wenn in Folge der Ueberfüllung des Geldmarktes mit Staatspapieren bei den Capitalisten die Neigung, ihr Geld in Hypotheken anzulegen, abgenommen hat, so ist der Grund dieser Erscheinung aus dem volkswirthschaftlichen Gesichtspunkte nichts Anderes, als die Wirkung einer Nachfrage nach Capital, welche stärker ist, als das Angebot. Nach den Naturgesetzen des wirthschaftlichen Lebens muß dies nothwendig die Folge haben, daß der Preis des begehrten Gegenstandes, d. h. hier: der Zinsfuß, steigt. Solches Steigen des Zinsfußes ist unter den gegebenen Umständen so wenig ein Uebel, daß vielmehr gerade darin das kräftigste Heilmittel gefunden werden muß, welches in doppelter Richtung sich wirksam erweisen kann, indem

---

Häusern und Pfandpöſten sich im Jahre 1808 auf 1,466,316 Mk. 10 Sch. — im Jahre 1809 auf 1,096,365 Mk.

[14]) Anschütz in der Kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung Bd. IV, S. 75.

[15]) Vergl. Zeitschrift f. Staatswissenschaft Bd. XII, S. 564—567, 572—573, Note 2.

a) das Steigen des Zinsfußes geeignet ist, solche Unternehmungen, welche den höheren Zins nicht bezahlen können, vom Geldmarkte fern zu halten, — also einer verstärkten Nachfrage nach Capital, d. h. einer Verschlimmerung des Uebels, entgegen zu wirken. Dieser negativen Wirkung gesellt sich

b) die positive hinzu, welche durch Erzeugung neuer Capitalien das gestörte Gleichgewicht herzustellen vermag.

Die beiden einzigen, im Organismus des wirthschaftlichen Lebens liegenden Kräfte, wodurch Capital erzeugt werden kann, — Arbeit und Sparsamkeit — werden durch den höheren Zinsfuß zu stärkerer Thätigkeit aufgerufen. Gelder, die sonst vielleicht für unproductive Zwecke vergeudet wären, werden wegen der Hoffnung auf den durch den höheren Zinsfuß gebotenen Vortheil gesammelt, zu Capitalien vereinigt, auf den Geldmarkt gebracht und stellen auf diesem durch vermehrtes Angebot von Capital das Gleichgewicht wieder her.

Nur um Herstellung des durch vermehrte Nachfrage nach Capital gestörten Gleichgewichts auf dem Geldmarkte kann es zur Zeit in Lübeck sich handeln, weil eine etwaige Abneigung der Capitalisten gegen Hypotheken zur Zeit mit Recht nur auf die verstärkte Nachfrage nach Capital, nicht auf Abnahme des Werthes der Grundstücke an sich zurückgeführt wird und werden kann. Ein Steigen oder Fallen des Werthes der städtischen Grundstücke kann nach der Natur der Sache nur durch vermehrte oder verminderte Nachfrage nach Wohnungs- oder Arbeits-Räumen für Menschen und nach Lagerungs-Räumen für Waaren herbeigeführt werden, wie denn dergleichen Umstände in früherer Zeit allerdings von bedeutenden Schwankungen in den Preisen der Grundstücke begleitet gewesen sind. Abnahme der Bevölkerung oder des Verkehrs aber hat in den letzten Jahrzehenden hierselbst nicht Statt gefunden.

Als wirkliches Heilmittel des behaupteten, in der Störung des Gleichgewichts auf dem Geldmarkte liegenden Uebels können demnach nur solche Maßregeln betrachtet werden, welche geeignet sind, dem Geldmarkte neue Capitalien zuzuführen. Diese Wirkung zu äußern, ist offenbar eine größere Mobilisirung der Hypotheken überall nicht fähig, da der Verkehr mit Hypotheken, wie lebhaft er auch sein möge, doch nicht neue Capitalien schaffen kann. Nur als Palliativmittel kann solche Mobilisirung in so weit wirken, als sie fähig ist, den Hypotheken auf dem Geldmarkte die Concurrenz mit den auf Inhaber lautenden Staatspapieren möglich zu machen. Daß eine solche Möglichkeit für städtische Pfandpöste, auch wenn sie auf Inhaber lauten, wegen der Natur des Pfandes, dessen Sicherheit nur am Orte selbst geprüft werden kann, nicht vorhanden ist, wurde bereits oben (§. 3. i. f.) gezeigt. Nur für

Hypotheken in größeren Landgütern, bei welchen die Möglichkeit solcher Concurrenz sich nicht verkennen läßt, ist daher eine größere Mobilisirung in neuerer Zeit von Schriftstellern vorgeschlagen, ohne daß indeß dergleichen Vorschläge bisher von der Gesetzgebung irgend eines Landes, welche nicht gleich Bremen und Mecklenburg schon von vornherein auf solche Beweglichkeit der Hypotheken angelegt gewesen wäre, angenommen worden sind. In Frankreich, in Belgien und am Rhein hat man die Zulässigkeit einer Indossirung der Hypothekenscheine lebhaft bekämpft und entschieden zurückgewiesen [16]), und auch von Seiten der Sächsischen Gesetzgebung ist eine ähnliche Zurückweisung, dem Vorschlage auf Gestattung von Hypotheken au porteur zu Theil geworden. [17])

Als Gesammtresultat der volkswirthschaftlichen Erörterung stellt sich demnach die Ueberzeugung heraus, daß eine größere Beweglichkeit der städtischen Pfandpöste den Zuständen gegenüber, um derentwillen ein Theil des hiesigen Publikums sie gegenwärtig wünscht, irgend einen wesentlichen Vortheil zu gewähren nicht geeignet ist. Nach obiger Darstellung dürfte es daher nicht rathsam sein, durch die Hoffnung auf wirthschaftliche Vortheile größerer Beweglichkeit zur Preisgebung wirklicher Vortheile, welche unsere jetzige Hypothekenverfassung dem Realcredit bietet, sich bestimmen zu lassen, und das Bewußtsein der Sicherheit, dessen die hiesigen Pfandgläubiger bisher sich erfreuen konnten, bei den weniger geschäftskundigen Besitzern fester Capitalien zu erschüttern. Danach würde dem Wunsche nach größerer Beweglichkeit der Pfandpöste nur so weit nachzugeben sein, als es ohne Preisgebung der Vorzüge unserer bisherigen Hypothekenverfassung möglich ist. Mit der Aufsuchung und Bezeichnung dieser Grenze wird die folgende juristische Erörterung sich beschäftigen.

II. Juristische Erörterung.

§. 6. Was kann unter Beibehaltung des unserer Stadtbuchs-Ordnung zum Grunde liegenden Consens-Princips für größere Beweglichkeit des Hypothekenverkehrs geschehen?

Schon oben (Note 3) sind Aeußerungen sachkundiger Autoritäten mitgetheilt, welche sich dahin aussprechen, daß ein besonderer Vorzug der hamburgischen Hypotheken-Verfassung in dem auch der hiesigen Stadtbuchs-Ordnung zum Grunde liegenden s. g. Consens-Principe bestehe,

[16]) Vergl. für Frankreich: Archiv für civilist. Praxis Bd. XXVIII, S. 437—440, Bd. XXXIII, S. 468; für Belgien: daselbst Bd. XXXIV, S. 427, 435—436; für den Rhein: daselbst Bd. XXXIV, S. 423, Note 6.

[17]) Vergl. Verhandlungen des deutschen Juristentages. 1862. Bd. II, S. 173.

wonach alle stadtbuchsmäßigen Rechte nur kraft des vor dem Stadtbuche erklärten Consenses der Berechtigten oder durch ein solchen Consens ersetzendes richterliches Urtheil auf einen Singular-Successor übergehen können. Die Vorzüge dieses Princips, wonach allerdings die den Berechtigten in die Hand gegebenen Extracte nicht transportabel sein und insofern werthlose Papiere genannt werden können, werden sich unten bei Vergleichung des Mecklenburgischen Hypotheken-Systems mit dem hiesigen im Einzelnen zeigen. Hier soll zunächst untersucht werden: ob und wie unter Beibehaltung dieses Princips eine größere Beweglichkeit des Hypotheken-Verkehrs sich ermöglichen läßt?

Unsere Stadtbuchs-Ordnung ist zweier Veränderungen in dieser Richtung fähig, welche hier im Einzelnen zu beleuchten sind.

1) Jenes altdeutsche System des Immobiliar-Sachen-Rechts, an welchem festgehalten zu haben die Wissenschaft den Hansestädten Lübeck und Hamburg zum Ruhme angerechnet hat, bringt es mit sich, daß kein im Stadtbuche verzeichnetes dingliches Recht unter Lebenden anders übertragen werden kann, als durch den nach vorheriger öffentlicher Verlassung vor dem Stadtbuche ertheilten Consens des Berechtigten. Die strenge Consequenz dieses Princips würde dahin führen, daß auch Tilgungen vorher in der Audienz verlautbart werden müßten, und in der That wird in Hamburg zu jeder Tilgung die vorherige Verlassung des Postens an den Eigenthümer erfordert. [18])

Bei uns dagegen ist für Tilgungen der Pfandpöste eine solche vorherige Verlassung derselben in der Audienz nicht erforderlich. [19]) Aber warum begehrt man solche Verlassung dann noch für Cessionen der Pfandpöste?

Wenn A ein stadtbuchmäßiges Recht an B überträgt, so ist diejenige Seite solchen Geschäfts, welche Veranlassung zu Beisprüchen, Inhibitionen oder Arresten geben, und deren rechtzeitige vorherige Verlautbarung daher für Dritte von Interesse sein kann, nicht sowohl der Erwerb des B, als vielmehr die Veräußerung des A. [20]) Veräußert aber wird

[18]) Vergl. Baumeister, Hamburger Privatrecht Bd. I, S. 198—199, 222. — Auch hier wurden in älterer Zeit die Renten bei der Tilgung dem Eigenthümer aufgelassen. — Vergl. Pauli, Abhandlungen IV, S. 76.

[19]) Vergl. Stadtbuchs-Ordnung §§. 1, 19.

[20]) Es ist hier natürlich nur von heutigen Verhältnissen die Rede. Im Mittelalter war auch der Erwerb, z. B. wegen der rechtlichen Stellung des Erwerbers, einem Beispruche ausgesetzt. Daß der Rentner seine Rente nur öffentlich veräußern konnte, hatte seinen Grund nicht nur in der mit ihr verbundenen Sachgewere, sondern nach Donandt (Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts Th. II, S. 313—314) auch theils in der Tendenz, unberechtigte Käufer (z. B. Cleriker) auszuschließen, theils in dem Vorkaufrechte des Schuldners.

ein Pfandposten durch Tilgung so gut, wie durch Cession. Kann der Pfandgläubiger gegen Tilgung des Postens von dem Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks ohne vorherige Benachrichtigung des Publikums in der Audienz das Geld erheben, so liegt kein innerer Grund vor, eine solche Benachrichtigung zu fordern, wenn er gegen Cession des Postens von einem in sein Recht succedirenden neuen Gläubiger das Geld erheben will, da von einem Vorzugsrechte des Pfandschuldners ohne vorhergegangene Kündigung nach heutigem Rechte nicht mehr die Rede sein kann.

Aus dieser Betrachtung würde folgen: daß das Erforderniß vorheriger Verlassung bei Cessionen der Pfandpöste ohne wesentliche Bedenken, ohne Veränderung der für die Sicherheit des Realcredits wichtigen praktischen Grundsätze unserer Stadtbuchs-Ordnung, wegfallen kann, — daß also Cessionen in der jetzt für Tilgungen üblichen Form durch eine von dem Cedenten am Oberen Stadtbuche zu unterschreibende Erklärung vorgenommen werden könnten.

Wird das nun gesetzlich festgestellt, so können Umschriften verkaufter Pfandpöste stets am nächsten Stadtbuchstage nach dem Verkaufe — und, wenn die Anstellung der für ein ständiges, täglich geöffnetes Bureau nöthigen Beamten beschlossen werden sollte, sogar täglich vorgenommen werden.

Ob auch für neue Verpfändungen das Audienzverfahren wegfallen könnte, wäre ein Gegenstand der Erwägung.

2) Nach den Grundsätzen des älteren deutschen Sachenrechts, wie es hier gültig war, konnte der Eigenthümer eine auf seinem Grundstücke haftende Rente selbst besitzen [21]) und mithin als solche auch weiter veräußern. Daß man durch das in Bremen aus dem Mittelalter überkommene und in neuerer Zeit umgebildete System der Handfesten eine solche Möglichkeit sich erhalten hat, wird bei allen diesem System gespendeten Lobsprüchen als wesentlichster Vorzug desselben hervorgehoben. Es ist dadurch dem Eigenthümer die Möglichkeit gewährt, einen ihm etwa gekündigten älteren Posten einzulösen und nach längerer Zeit beliebig wieder mit der alten Priorität zu begeben, ohne daß inzwischen die jüngeren Pfandgläubiger hätten aufrücken können. Aehnliche Bestimmungen hat man in diesem Jahrhundert in das Preußische [22]) und Mecklenburgische [23]) Hypothekenrecht aufgenommen, und neuerdings sogar

---

[21]) Vergl. Pauli, Abhandlungen IV, S. 45, Nr. 5.

[22]) von der Hagen, die Hypothek des Eigenthümers. Arnsberg 1836. Die gesetzlichen Bestimmungen, mit deren Erläuterung und Vertheidigung das ganze Buch von 286 Seiten sich beschäftigt, siehe auf S. 17—18.

[23]) Rev. Hypotheken-Ordnung über Landgüter §. 16, Nr. 4. — Rev. Stadtbuch-Ordnung von 1857 §. 24, Nr. 1, §. 26, Nr. 1 und §. 19, Nr. 4, hinzugefügt durch Verordnung vom 21. März 1859 (Regierungsblatt Nr. 17).

als etwas mit den Grundsätzen des Römischen Rechts Vereinbarliches darzustellen versucht.[24]) Bestimmte Aussprüche des Römischen Rechts indeß lassen keinen Zweifel darüber, daß es die Vereinigung von Eigenthum und Pfandrecht an derselben Sache in derselben Person als unmöglich betrachtet[25]), und dies Princip des Römischen Rechts ist denn auch in §. 20 unserer Stadtbuchs-Ordnung von 1818 ausgesprochen In diesem Punkte hat sich auch bei uns die Wirkung der überwiegend romanistischen Bildung der Juristen fühlbar gemacht, welche nicht mit Unrecht als wesentlichster Grund der traurigen Lage des Hypothekenrechts in den meisten deutschen Ländern bezeichnet wird.[26])

Einen solchen eingedrungenen Grundsatz des Römischen Rechts wieder abzustreifen, ist indeß bei uns um so leichter, da unser Stadtbuchsrecht im Ganzen die deutschrechtliche Grundlage beibehalten hat. Auch die mögliche Einwendung, daß nachliegenden Pfandgläubigern gegenüber die persönliche Haftung des Eigenthümers in Concursfällen der praktischen Geltendmachung von Prioritätspfandrechten desselben entgegenstehe, fällt weg, sobald man erwägt, daß bei stadtbuchsmäßigen Pfandrechten nicht die blos accessorische Natur des Römischen Pfandrechts, sondern das dingliche Element zunächst und überwiegend, dieses dingliche Element aber nur in prioritätsmäßiger Ordnung, in Betracht kommt. Gesetzt: es lägen im Grundstücke des A. 2 Pfandpöste von resp. 10,000 Mk. und 8000 Mk., welche resp. dem B. und C. gehören. B kündigt, erhält sein Geld von A. ausbezahlt und cedirt seinen Posten an A. Demnächst geräth A. in Concurs. Daß der erste Posten von 10,000 Mk. der Concursmasse gehört und folglich baar ausbezahlt werden muß, vermindert freilich die Kauflust, würde aber auch nöthig sein, wenn der Concurs vor der Auszahlung an B. nach geschehener Kündigung desselben ausgebrochen wäre. Weil C. als zweiter Pfandgläubiger auf die Eventualität der Kündigung eines vorliegenden Pfandgläubigers immer gefaßt sein mußte, so kann er sich nicht über Verletzung seines Rechts beschweren, wenn er, das Grundstück im Subhastationstermine für 17,000 Mk. kaufend, 10,000 Mk. baar zur Masse einzahlen und dann wegen der von seinem Posten verlorenen 1000 Mk. als Buchgläubiger wieder zur Masse gehen muß.

Es ließe sich eine solche, für die Beweglichkeit des Hypothekenverkehrs förderliche, Veränderung einfach dadurch einführen, daß man nach Streichung des §. 20 der Stadtbuchs-Ordnung den §. 21 folgendermaßen faßte:

„Dem Pfandschuldner steht sowohl der Vorbehalt frei, in die Stelle

---

[24]) Archiv für civilistische Praxis Bd. XLI, S. 32—65, besonders S. 56 ff.

[25]) Vergl. die in der vorgedachten Abhandlung S. 58, Note 57 citirten Stellen.

[26]) Vergl. Archiv für civilist. Praxis Bd. XXXVI, S. 409.

„eines getilgten Pfandpostens einen anderen von gleicher oder geringerer „Größe wiederum eintreten zu lassen, als auch die Umschreibung eines „Pfandpostens auf seinen eigenen Namen."

Das sind die beiden Veränderungen, deren die Stadtbuchs-Ordnung ohne Preisgebung des ihr zum Grunde liegenden Consens-Princips in der Richtung einer größeren Beweglichkeit des Hypothekenverkehrs fähig ist. Wer die oben (§. 3) entwickelte Ansicht theilt, daß der Verkehr mit städtischen Pfandpösten wegen der Natur ihrer Fundirung im Ganzen und Großen sich über die Grenzen des localen Geldmarktes hinaus nicht erstrecken kann, wird einräumen, daß mit diesen beiden Veränderungen Alles gewährt sein dürfte, was im Interesse größtmöglichster Bequemlichkeit des Hypothekenverkehrs auf dem hiesigen Geldmarkte wünschenswerth sein möchte. Das Obergericht hat sich indeß durch diese Erwägung nicht abhalten lassen, auch diejenigen beiden Gesetzgebungen, welche wegen der übertragbaren Papiere, die sie den Pfandgläubigern in die Hände geben, neuerdings von einem Theile des hiesigen Publikums vorzugsweise zur Nachahmung empfohlen worden sind, einer näheren Betrachtung zu unterziehen, deren Resultate im Folgenden vorliegen.

A. Die Bremischen Handfesten.

§. 7. 1) Geschichtliche Entwickelung.

Das zinsbare, unter der Bedingung beiderseitiger Kündigung abgeschlossene Darlehen war bekanntlich im Mittelalter nicht allgemein üblich. Diejenigen Verkehrsbedürfnisse, welchen dieses Geschäft gegenwärtig dient, wurden insoweit, als sie auch damals schon vorhanden waren, befriedigt durch den Rentekauf, wobei das Recht auf Erhebung einer jährlichen Rente aus einem Grundstücke für eine beliebig vereinbarte Summe verkauft ward. Weil der Käufer (d. h. der Gläubiger) dabei der Regel nach nicht das (dem Kündigungsrechte des heutigen Pfandgläubigers entsprechende) Recht hatte, gegen Verzicht auf die Rente sein Capital zurückzuforderu, so war er im Falle eigenen Geldbedürfnisses darauf angewiesen, sein Recht auf die Rente wieder an Andere zu verkaufen. Daß ein solcher Verkauf sich mit möglichster Leichtigkeit bewerkstelligen lasse, war daher in jenem Zustande der Dinge ein Bedürfniß des Verkehrs. In solchen Gegenden, deren sociale und volkswirthschaftliche Zustände dahin geführt haben, den Rentekauf bis in die neuere Zeit hinein zu erhalten, zeigt sich die aus diesem Verkehrsbedürfnisse hervorgegangene ganz analoge Erscheinung eines übertragbaren, in der

Schweiz [27]) als Gültbrief oder Schuldbrief, in Bremen als Handfeste [28]) bezeichneten Rentebriefes. Bis zur Einführung der mit dem 1. Mai 1834 in Kraft getretenen Erbe- und Handfesten-Ordnung vom 19. December 1833 hatten die in Bremen ausgestellten Handfesten nach Form und Inhalt noch den Charakter eines alten Rentebriefes, freilich unter Hinzufügung der allmählig in Gebrauch gekommenen Kündigungs-Clausel.

Der Umstand, daß man in Bremen von Alters her vorzügliches Gewicht auf den Besitz der, früher auf den Namen des Rentners, später auf den Inhaber lautenden Urkunde legte, mag die Veranlassuug gewesen sein, daß eine Eintragung der Handfesten ursprünglich nicht für nöthig erachtet, in Betreff dieser Handfesten vielmehr Alles dem lebendigen, bei den kleineren Verhältnissen der älteren Zeit freilich in der ganzen Stadt offenkundigen Verkehr überlassen wurde. Es hat sich hierdurch in der Bremischen Bevölkerung seit Jahrhunderten die Gewohnheit solcher Vigilanz auf den ganzen Verkehr mit Grundstücken und Handfesten ausgebildet, welche Gewohnheit dadurch in beständiger Uebung erhalten wurde, „daß", wie der unten zu erwähnende Deputationsbericht (S, 17, §. 12) hervorhebt, „die Gläubiger aus Handfesten und gerichtlichen „Hypotheken bei dem System, sowie es vor der Französischen Zeit be- „stand, keine Mittel hatten, gegen die Verlüste und Gefährdungen, welche „daraus entstanden, daß sie bei der Abkündigung eines Grundstücks zum „Professions-Protokoll sich anzugeben versäumten, sich zu sichern." Auch die gewohnte große Wachsamkeit des Publikums konnte solchen Gefahren gegenüber nicht immer Sicherheit gewähren. Zu den hieraus erwachsenden Uebelständen kam in neuerer Zeit, daß jenes ältere Recht, woraus die Handfesten sich entwickelt hatten, nur für die ursprüngliche Altstadt galt, während in der Neustadt und für die von Hannover durch den Reichsdeputationsschluß von 1803 abgetretenen Grundstücke auch gerichtliche und Privat-Hypotheken, so wie Eigenthumsvorbehalte, in Geltung waren. Auch entstand große Unordnung und Verwirrung durch den Umstand, daß Handfesten noch im Umlauf geblieben waren zu einer Zeit, wo die darin verpfändeten Grundstücke bereits in den Händen anderer Eigenthümer waren. [29])

Zu allen diesen Mängeln kam noch die aus dem Mangel eines Erbebuches hervorgehende Verwirrung in den Eigenthumsverhältnissen.

Die zur Beseitigung aller solcher Uebelstände schon vor der französischen Zeit begonnenen Berathungen wurden nach Herstellung der Freiheit

---

[27]) Archiv für civilist. Praxis Bd. XIX, S. 128, 134, 136, 138. — Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich Theil II, S. 224 ff.

[28]) Siehe Donandt. l. c. Th. II, S. 309—311.

[29]) Vergl. Deputationsbericht S. 16—17, §. 11.

wieder aufgenommen und führten im Bürger-Convente vom 3. December 1819 zur Niedersetzung einer gemeinschaftlichen Deputation „zur Entwerfung einer Hypotheken-Ordnung und Formirung eines Lager- und „Erbebuchs." Erst nach einer Reihe von Jahren konnte diese Deputation ihren Bericht erstatten, aus welchem die Erbe- und Handfesten-Ordnung vom 19. December 1833 hervorgegangen ist.[30]) Diese ist in neuester Zeit einer Revision unterzogen, die zu der neuen, übrigens nur wenige Veränderungen enthaltenden, am 30. Juli 1860 publicirten Erbe- und Handfesten-Ordnung geführt hat. Beide Ordnungen werden in der folgenden Darstellung des gegenwärtig geltenden Rechts ihre Berücksichtigung finden.

§. 8. 2) Geltendes Recht. a. Behörde. Personal. Buchführung.

Für die Leitung aller auf Immobilien in Bremen und dem unmittelbar die Stadt umschließenden Gebiete bezüglichen Geschäfte besteht eine Commission des Obergerichts, das Erbe- und Handfesten-Amt. Die demselben zugewiesenen Geschäfte werden für Vegesack und Bremerhafen durch die dortigen Aemter wahrgenommen. Diese Behörde hält regelmäßig alle 14 Tage, und falls nöthig, auch öfter, Sitzung, worin zur Vornahme der Geschäfte sowohl die Betheiligten persönlich, als auch in deren Vertretung Notare, erscheinen dürfen, factisch aber nur Notare zu erscheinen pflegen, deren Zahl in Bremen auf zwölf beschränkt ist, und welche außer den Gebühren für die Abwartung der Termine (à 1 Thlr. für jeden Termin), Beglaubigungen u. s. w. taxmäßig für die Willigung von Handfesten 1/8 Procent bekommen, in Folge solcher ihrer Thätigkeit auch den ganzen, auf Immobilien bezüglichen Geldverkehr als Vermittler in Händen zu haben pflegen. Da die ganze Einrichtung zur Vermeidung von Capitalverlusten stete Vigilanz erfordert, welche von den Notaren für ihre Clienten besorgt wird, so kann das Publikum bei diesen Geschäften die Notare nicht füglich entbehren, deren finanzielle Stellung in Folge solchen Zustandes der Dinge eine günstigere ist, als diejenige, deren früher der hiesige Protonotar sich erfreuen konnte.

Das Erbe- und Handfesten-Amt hat ein täglich während der ganzen Geschäftszeit geöffnetes Bureau, in welchem die Geschäfte besorgt werden

---

[30]) Dieser, als Manuscript gedruckte, Bericht mit dem Entwurfe des Gesetzes und dessen Motiven, 141 Seiten in Folio enthaltend, ein fast unentbehrliches Hülfsmittel zum Verständniß des Gesetzes, wird im Folgenden als „Deputationsbericht" citirt werden. — Einen Ueberblick giebt auch die Abhandlung des jetzigen Obergerichtsdirectors, Senator Dr. Heinrich Heineken, im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXXII, S. 83—102.

von einem eigens als „Secretär des Erbe- und Handfesten-Amts" angestellten Rechtsgelehrten nebst einer Mehrzahl von Kanzlisten und Schreibern.

Ein Buch, welches gleich unserem Oberen Stadtbuche den Eigenthümer jedes Grundstücks mit unzweifelhafter rechtlicher Gewißheit nachgewiesen hätte, gab [31]) und giebt es in Bremen nicht. Die Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 schrieb deshalb in §. 63 vor:

„Nach Ablauf der Abkündigungsfrist werden sowohl die Anschläge, „als auch die §. 31 bemeldeten Auszüge, in der Reihenfolge, wie sie vor„kommen, reponirt, und bilden das neue Erbebuch, welchem zwei alpha„betische Register, das eine nach dem Namen der Erwerber, das andere „nach den Straßen oder der Lage der Immobilien, beizufügen sind."

Der Deputations-Bericht (auf Seite 105 zu §. 58 des Entwurfs) motivirt diese Vorschrift mit folgenden Worten:

„Auf diese höchst einfache Weise werden wir, wie die Deputation „glaubt, nach und nach zu einem durchaus richtigen und vollständigen „Lager- und Erbe-Buch gelangen, ohne daß es der großen Kosten und „Weitläufigkeiten bedarf, welche gefordert werden würden, wenn man von „vornherein damit anfangen wollte, ein solches Buch zu entwerfen. Die „doppelten Register werden überdem jedem Zwecke, den man davon er„wartet, vollkommen entsprechen."

Die neue Ordnung von 1860 hat eine solche Bestimmung nicht wieder aufgenommen, und zeigt durch ihren sonstigen Inhalt, daß die Hoffnung, welche den §. 63 der alten Ordnung dictirte, nicht in Erfüllung gegangen ist. Auf dem Bureau des Erbe- und Handfesten-Amts bewahrt man jetzt gesonderte Acten für jedes Grundstück mit Hinweisungen auf das daneben geführte Angabenbuch, Handfestenbuch und Eintragungsbuch, deren Bedeutung sich aus Folgendem ergiebt.

§. 9. b. Uebertragung des Eigenthums.

„Das Eigenthum eines Immobile kann — nur bei einem öffent„lichen Verkaufe durch Einhändigung des Zuschlagsprotokolls, bei Ver„äußerungen unter der Hand durch Lassung — — übertragen werden." [32])

„Die Einhändigung des Zuschlagsprotokolls bei öffentlichen Verkäufen

[31]) Als wesentlichster Uebelstand bei den Bremischen Einrichtungen ward solcher Mangel eines Erbe-Buches hervorgehoben in einem bei den oben (Note 10) erwähnten Registratur-Acten (sub No. 3. a.) befindlichen, hierher gelangten Schreiben des damaligen Bremischen Syndicus Schöne, vom 7. Juni 1809, welches Auskunft über die hiesigen Einrichtungen erbat.

[32]) Wörtlich aus der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 §. 10 (vergl. die von 1833 §. 14.)

„an den Käufer, sowie die Lassung bei Veräußerungen unter der Hand „vertritt in jeder Hinsicht und mit der nämlichen Wirkuug die Stelle der „gemeinrechtlichen Tradition." [33])

Unter dem Worte „Lassung" versteht man in Bremen nicht nur die vor dem Erbe- und Handfesten-Amte vorzunehmende Handlung der Verlassung, sondern auch die darüber aufgenommene Urkunde, welche eine genaue Beschreibung des Grundstücks nach seiner Länge, Breite und seinen Grenzen, wie auch mit Angabe der Servituten, bei denen es als herrschendes oder dienendes Grundstück in Betracht kommt, enthalten muß. Eine solche Beschreibung, welche bei dem öffentlichen Verkaufe als „Anschlag", bei der Veräußerung unter der Hand als „Lassungsentwurf" bezeichnet wird, bildet die Grundlage eines mit der s. g. „Abkündigung" beginnenden Proclamationsverfahrens, welches jeder Eigenthumsveränderung vorhergehen muß zum Zwecke der Reinigung des Grundstücks von allen darauf haftenden Ansprüchen. Eine solche vorgängige Reinigung des Grundstücks von allen, auch den auf Handfesten beruhenden, Ansprüchen ist als Voraussetzung jeder Eigenthumsveränderung vorgeschrieben, weil die Erfahrung gelehrt hat, daß gefährliche, den ganzen Realcredit erschütternde Betrügereien sehr erleichtert waren, so lange Handfesten im Umlauf blieben, deren Williger nicht mehr Eigenthümer des darin verpfändeten Grundstücks war. [34])

§. 10. c. Abkündigung. Angaben. Beispruch. Präclusion.

Auf Grundlage des bei dem Erbe- nnd Handfesten-Amte eingereichten „Anschlags" oder „Lassungsentwurfs" erläßt diese Behörde eine „Abkündigung." Während der Abkündigungsfrist, resp. während der letzten 14 Tage, muß der vollständige Anschlag oder Lassungsentwurf auf der Kanzlei des Erbe- und Handfesten-Amts zur Einsicht jedes Betheiligten bereit liegen. Es haben die Nachbaren, sowie überhaupt alle, welche die Beschreibung des Immobile in Absicht auf Grenzen, Servituten, Lasten u. s. w. nicht als richtig anerkennen, und ihre Gerechtsame dadurch gefährdet

---

[33]) Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 §. 15, von 1860 §. 12. Bei der Revision wollte die bürgerschaftliche Commission diesen Paragraphen gestrichen wissen aus Rücksicht auf die possessorischen Klagen des Römischen Rechts (s. Verhandlungen der Bürgerschaft von 1860, S. 24). Der Senat hielt ihn fest (s. Nr. 2 seiner Mittheilungen vom 16. April 1860, abgedruckt in den Convents-Verhandlungen von 1860, S. 277), indem er die Bedenken nicht als begründet anerkannte, vielmehr „besorgte, „daß die Weglassung der fraglichen Bestimmung eine Aenderung des bestehenden „Rechts von nicht unerheblicher Tragweite nach sich ziehen würde." — Vergl. auch Archiv für civil. Praxis Bd. XXXV, S. 434—435.

[34]) Vergl. Deputationsbericht S. 24. — Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 §§. 64, 65. — von 1860 §§. 61, 62.

halten, innerhalb der Abkündigungsfrist ihre desfallsigen Erklärungen anzugeben.[35]) Die nämliche Verpflichtung der Angabe hat ein Jeder, dessen Rechte durch die Veräußerung gefährdet werden. „Insbesondere ist „dies der Fall mit allen Denjenigen, welche ein dingliches „Recht an dem abgekündigten Immobile oder eine Forderung „an den Veräußerer in Anspruch nehmen.[36]) Bei Forde„rungen verliert der Gläubiger durch deren Richtangabe das „Recht, vorzugsweise oder gleichzeitig mit den angegebenen „Forderungen aus den Kaufgeldern des Immobile befriedigt „zu werden."[37]) Dieser Rechtsnachtheil trifft aber diejenige handfestarische Forderung, für welche die Handfeste eingetragen worden, nicht mit dem Ablauf der Abkündigungsfrist, sondern kann nur nach vorgängiger besonderer Ladung des Berechtigten ausgesprochen werden.[38])

Zum Beispruch gegen eine Veräußerung unter der Hand sind berechtigt:

a. handfestarische Gläubiger, wenn der angegebene Veräußerungspreis die auf dem Immobile haftenden Handfesten nicht deckt. In diesem Falle bedarf es für die eingetragenen handfestarischen Gläubiger rücksichtlich des Capitals und einjähriger Zinsen keines Widerspruchs und Antrags; ihre Eintragung gilt einem Widerspruche gleich und es ist Sache der Betheiligten, diesen Punkt bei der Behörde zur Erledigung zu bringen;

b. diejenigen, denen ein gesetzliches allgemeines oder specielles Pfandrecht an dem in Frage stehenden Immobile zusteht, sofern bei der beabsichtigten Veräußerung unter der Hand ihr Interesse gefährdet erscheint.[39])

Ein gleiches Recht des Widerspruchs gegen eine Veräußerung unter der Hand haben auch sonstige Gläubiger des Veräußerers, jedoch unter folgenden Beschränkungen:

a. dieselben müssen bei dem in Folge des Widerspruchs eintretenden Verfahren die Rechtmäßigkeit ihrer Forderung, so wie die Unangemessenheit des stipulirten Preises genügend bescheinigen und einen öffentlichen Verkauf beantragen.

b. eine Caution für allen Schaden bestellen, welcher aus dem Widerspruche für den Veräußerer entstehen möchte.[40])

„Sämmtliche während der Abkündigungsfrist vorkommende Angaben, „Erklärungen, Eintragungen und Widersprüche, welche sich auf das

---

[35]) E. u. Hdf.-O. v. 1833 §. 33. — v. 1860 §§. 30—41.

[36]) E. u. Hdf.-O. v. 1833 §. 34. — v. 1860 §§. 31—37.

[37]) E. u. Hdf.-O. v. 1833 §. 35 c. — von 1860 §. 32 c.

[38]) E. u. Hdf.-O. v. 1833 §. 37 a. — von 1860 §. 34 a. etwas verändert.

[39]) E. u. Hdf.-O. v. 1833 §. 40. — von 1860 §. 38.

[40]) E. u. Hdf.-O. v. 1833 §. 41. — von 1860 §. 39.

„abgekündigte Immobile beziehen, werden in ein besonderes Angabebuch „eingetragen."

„Am Sonnabend der sechsten Woche, Mittags 12 Uhr, wird das „Angabeprotokoll geschlossen, und tritt mit dem Schlusse unmittel- „bar und von Rechtswegen die Präclusion für Alle, die sich „nicht gemeldet haben, ein, ohne daß dieselbe noch speciell „auszusprechen wäre."

„Gegen diesen Rechtsnachtheil ist eine Restitution wegen versäumter „Angabe einer Forderung in denjenigen Fällen, wo eine Adjudication „der Kaufgelder erfolgt", (d. h. bei öffentlichen Verkäufen) „nur bis zu „deren Adjudication, in sonstigen Fällen aber nur so lange zulässig, als „nicht der Erwerber des Immobile seine Verbindlichkeit gegen den Ver- „äußerer erfüllt hat."

— — — — — — — — — — — — — — — —

„Später findet aus keinem Grunde, selbst nicht wegen Minderjährig- „keit oder Abwesenheit, eine Restitution statt. [41])

§. 11. d. **Handfesten, deren Willigung, Beispruch und Begebung.**

„Die Verpfändung von Immobilien kann nur mittelst Hand- „festen geschehen." [42])

Der Deputationsbericht hat diese Vorschrift motivirt durch Hervor- hebung der großen Uebelstände, welche daraus entstanden seien, daß man vor der französischen Zeit, zum Theil in Betreff desselben Grundstücks, Handfesten, gerichtliche mit Ausstellung von s. g. Obligationen verbundene Hypotheken, Privat-Hypotheken und Eigenthumsvorbehalte gekannt habe. Die daraus entstandene Verwirrung hatte zu großer Rechtsunsicherheit geführt, die Uebersichtlichkeit verhindert und eine ordentliche Buchführung unmöglich gemacht. Zur Aufrechthaltung der Ordnung erschien es noth- wendig, nicht mehr verschiedene, den Betheiligten zur Auswahl freigestellte Formen, sondern nur eine einzige Form, zuzulassen. [43]) Der Bericht er- örtert sodann ausführlich die Frage: welche der beiden Arten der ge- richtlichen Verpfändung, ob die Handfesten oder die eigentlichen Hypo- theken, beizubehalten seien? — Die Deputation hat dabei den Handfesten, an welche man in Bremen bereits gewöhnt war, den Vorzug gegeben aus Gründen, deren vollständige Mittheilung zu der Ueber- zeugung führen wird, daß man hier unter Beibehaltung unseres Consens- Princips die mit der Handfesten-Einrichtung verbundenen Gefahren

[41]) Erbe- u. Hdf.-Ordnung v. 1833 §§. 27—29. — von 1860 §§. 23—25.

[42]) Erbe- u. Hdf.-Ordnung v. 1833 §. 80. — von 1860 §. 78.

[43]) Deputationsbericht §. 8 (S. 13—15), §. 26 (S. 32), §. 31 (S. 37).

vermeiden und dennoch aller von der Deputation aufgezählten Vortheile derselben theilhaftig werden kann, wenn man nach dem oben (§. 6) angedeuteten Vorschlage sofortige Umschreibung der Pfandpöste möglich macht und die Stellung derselben auf den Namen des Eigenthümers gestattet.

Es „haben", sagt der Bericht (auf S. 37—38), „die Handfesten in „Beziehung auf die Leichtigkeit und Bequemlichkeit des Geldverkehrs, be„sonders auch in einer Handelsstadt, bedeutende Vorzüge vor den Hypotheken.

„Denn a. die Handfesten können zu einem künftigen möglichen Ge„brauch zum Voraus gewilligt werden, wo hingegen die Hypotheken eine „schon zur Zeit ihrer Bestellung vorhandene oder existent werdende Schuld „und einen bestimmten darin genannten Gläubiger voraussetzen.

„Es ist daher ein sehr allgemeiner Gebrauch bei uns, daß Jemand, „der ein Grundstück erwirbt, nun gleich Handfesten auf dasselbe willigt, „und eben weil dieses sehr üblich ist, auch Niemand wissen kann, ob „Jener schon jetzt etwa zum Abtrage des Kaufpreises oder sonst dieselben „benutzen oder sie zu einem künftigen möglichen Gebrauche bei sich hin„legen werde, so hat es nichts Anstößiges und bringt seinem Credit nicht „den geringsten Nachtheil. Bei den gerichtlichen Hypotheken hingegen er„fährt das ganze Publikum, daß er gerade jetzt der Capitalien, wofür „jene bestellt werden, wirklich bedarf und von wem er sie aufnimmt."

„Eine andere damit verbundene Bequemlichkeit ist denn die, daß, „wenn Jemand zum Voraus Handfesten gewilligt hat und über kurz oder „lang in die Nothwendigkeit kommt, Capitalien gegen Real-Sicherheit „aufzunehmen, dieses ohne alle Umstände und ohne allen Zeitverlust — — „bewerkstelligt werden kann, ohne daß — ein Dritter davon Kunde er„hält. [44]) Bei den Hypotheken ist dies der Natur der Sache nach nicht „möglich. Wer also in die Lage kommt, Geld auf selbige aufzunehmen, „muß vorab wissen, wer ihm dieses darleihen will, und kann nun erst „diesem seinem Gläubiger die Hypothek bestellen, so daß mit Rücksicht auf „die hierzu erforderliche Zeit und den Ablauf der Beispruchsfrist wenigstens „6—8 Wochen verlaufen, ehe er sein Geld und der Gläubiger sein „Hypothekationsdocument erhalten kann. [45])

„b. Bei den Handfesten wird daher auch der arge Uebelstand ver„mieden, der bei den gerichtlichen Hypotheken fast jedesmal obwaltet, daß „der Schuldner vor Gericht eine offenbare Unwahrheit aussagt, indem er „bekennt, von N. N. 1000 Thlr., oder wie viel sonst, aufgenommen und

[44]) Wenn Pfandpöste nicht durch die Audienz zu gehen brauchen, so erfährt auch hier Niemand etwas davon.

[45]) Es wird sich unten zeigen, daß man in Bremen doch Notare gebraucht, deren Herbeirufung kaum weniger Zeit erfordern dürfte, als ein Gang auf das Obere Stadtbuch.

„empfangen zu haben; denn da kein irgend vorsichtiger Gläubiger das „Darlehn auszahlt, bevor ihm nicht das Document dagegen eingehändigt „wird [46]), so stimmt jene Erklärung fast niemals mit der Wahrheit überein.

„c. Auch in Hinsicht der ferneren Benutzung haben die Handfesten „vor den Hypotheken große Vorzüge. Ist die Schuld, wofür eine Hypothek „bestellt war, durch Zahlung oder sonst getilgt, so corruirt damit auch „diese als Accessorium von selbst und sie kann von dem, der sie bestellt „hat (dem früheren Schuldner) überall nicht weiter benutzt werden, um „darauf anderweitig Geld zu negotiiren. Die Hypothek kann nur auf „die Weise einem Dritten, d. h. einem andern, als dem ursprünglich „darin benannten Gläubiger oder dessen Erben als Sicherheit dienen, „daß jener diesem etwa seine Forderung auszahlt und zugleich dieselbe „dagegen sich cediren läßt. Ist dieses versäumt oder will der erste „Gläubiger zu einer solchen Cession sich nicht verstehen, (wie es denn „Manche giebt, welche aus Furcht vor Weitläuftigkeiten und möglicher „Verantwortlichkeit sich dessen weigern), oder endlich hat der Schuldner „etwa aus eigenen Mitteln den Abtrag geleistet, kommt aber über kurz „oder lang wieder in die Lage, ein Capital gegen Real-Sicherheit auf- „nehmen zu müssen — so kann von dem frühern ganz wirkungslos ge- „wordenen Hypothekations-Documente kein weiterer Gebrauch gemacht „werden.

„Bei den Handfesten, als Papieren auf den Inhaber, ist dieses alles „anders. Der Schuldner kann sie jederzeit, wenn er sie einlöset, jetzt „gleich oder nach Jahren, nach Belieben wieder gültiger Weise begeben.“ [47])

Das sind die von der Deputation aufgezählten Vorzüge der Handfesten vor solchen Hypotheken, bei welchen der Schuldner ein Document auf den Namen seines Gläubigers ausstellt. Wir fahren jetzt fort in der Mittheilung der gesetzlichen Vorschriften über Willigung der Handfesten.

„Wer Handfesten zu willigen beabsichtigt, hat die erforderliche Auf- „gabe an der Kanzlei zu machen und namentlich hierbei das Eigenthums- „recht an dem zu verpfändenden Immobile und seine Berechtigung zur „Verpfändung desselben nachzuweisen.

---

[46]) Es ist wohl zu beachten, daß die von der Deputation gerügte Unbehülflichkeit der Hypotheken ihren Grund hat in der Ausstellung von s. g. Obligationen, während unser Stadtbuch-System von jenen Vorwürfen nicht getroffen wird, zumal wenn Pfandpöste nicht durch die Audienz zu gehen brauchen und täglich geschrieben werden können, wo denn der Gläubiger am Stadtbuche zahlt Zug um Zug.

[47]) Schon oben (§. 6, Nr. 2) ward hervorgehoben, daß wir unter Beibehaltung unseres Stadtbuch-Systems durch Zulassung von Pfandpösten auf den Namen des Eigenthümers jenes Vorzugs der Handfesten theilhaftig werden könnten.

„Zur Nachweisung des Eigenthumsrechts genügt die Beibringung der „Lassung oder des Anschlags mit dem Zuschlagsprotokoll.

„Kann der Williger eine Lassung oder einen Anschlag mit Zuschlags-„protokoll nicht beibringen, so muß er sein Eigenthum anderweit genügend „darthun. [48])

„Die Willigung wird in die das Immobile betreffenden Acten ein-„getragen und von Amtswegen zweimal an einem Montage in vierzehn-„tägigen Zwischenräumen — — zur öffentlichen Kunde gebracht. Diese „Bekanntmachung muß die wesentlichen Punkte der Aufgabe enthalten. [49]) „Jedoch bedarf es einer solchen Bekanntmachung nicht, wenn der Er-„werber binnen 3 Monaten nach erfolgter Lassung oder nach Einhändi-„gung des Zuschlagsprotokolls auf den unveränderten Bestand eines „Immobile bis zu dem Belaufe des Preises, zu welchem er dasselbe er-„worben, Handfesten willigt. — — Ist eine Willigung zur öffentlichen Kunde „gebracht, so geschieht die Ausfertigung der Handfesten nicht eher, als „nach Ablauf der Beispruchsfrist, und wenn ein Beispruch eingelegt ist, „erst nach Erledigung des letzteren. [50])

Wer durch die Willigung von Handfesten gefährdet ist, kann dagegen innerhalb vier Wochen, welche mit dem Tage der ersten Bekanntmachung der Willigung der Handfesten anfangen und am Sonnabend der vierten Woche, Mittags 12 Uhr, endigen, Beispruch einlegen, was mündlich zu Protokoll auf der Kanzlei geschieht. Es erfolgt sodann ein Güteversuch vor dem Erbe- und Handfesten-Amte und eventuell eine Verweisung an das Gericht. [51])

„Sind die Handfesten ausgefertigt, so werden sie in der nächst-„folgenden Sitzung an den Williger, falls aber zu der Willigung von „ihm ein Notar bevollmächtigt gewesen, an diesen letzteren abgeliefert.“ [52])

Diese Papiere können übrigens nicht für sich allein in den Verkehr kommen, sondern nur als Anlage einer Schuldverschreibung, wodurch sich der Besitzer als **rechtmäßiger** Besitzer der Handfeste zu legitimiren hat und allein ein Klagerecht gegen das Grundstück erlangen kann. [53]) Enthält solche Schuldverschreibung die in den gedruckten Formularen derselben

---

[48]) Vergl. Erbe- u. Hdf.-O. v. 1833 §§. 83—85. — von 1860 §§. 81—83.

[49]) Vergl. Erbe- u. Hdf.-O. v. 1833 §§. 90—91. — von 1860 §§. 87—88, und die Bekanntmachungen in den Anlagen 2—7.

[50]) Erbe- u. Hdf.-O. v. 1833 §. 92. — von 1860 §. 88, Abs. 2. §. 89.

[51]) Erbe- u. Hdf.-O. v. 1833 §§. 107—116. — von 1860 §§. 102—112. Die in diesen Paragraphen enthaltenen Detailbestimmungen sind, als hier irrelevant, übergangen.

[52]) Erbe- u. Hdf.-O. v. 1833 §. 93, — von 1860 §. 90.

[53]) Erbe- u. Hdf.-O. v. 1833 §§. 117—123. — von 1860 §§. 113—119.

übliche Clausel einer Verpfändung des ganzen Vermögens, so bedarf sie zur Gültigkeit des Vorzugsrechts notarieller Beglaubigung.[54])

§. 12. e. **Erlöschung und Eintragung der Handfesten.**

„In Bezug auf das verpfändete Immobile erlischt die Handfeste:

a. durch deren von Amtswegen oder vom Williger verfügte Vernichtung;

„b. durch die nach erfolgter Veräußerung des verpfändeten Immo-„bile geschehene gerichtliche Deposition des Preises;

„c. im Falle einer Veräußerung des Immobile durch die Prä-„clusion, welche entweder wegen versäumter Anmeldung zum Professions-„protokolle mit dem Ablaufe der Abkündigungsfrist eintritt, oder nach „vorgängiger Ladung des Inhabers der Handfeste ausgesprochen wird;

„d. durch die Ablieferung neu gewilligter Handfesten von gleichem „Range und gleicher Summe;

„e. durch Mortification. Diese geschieht vor der Commission, „welche dabei nach allgemeinen Proceßvorschriften zu verfahren hat.“ [55])

„Uebrigens versteht es sich von selbst, daß wenn eine Handfeste, „deren Mortification geschehen soll, schon an sich nach §. 121. b. c. er-„loschen ist, der etwanige Inhaber, wenn er auch in Folge der Edictal-„ladung sich meldet, daraus keinerlei Ansprüche begründen könne, daß „also in einem solchen Falle die Mortification nur dazu dient, etwanigen „Täuschungen Dritter vorzubeugen. [56])

Dergleichen Täuschungen Dritter würden freilich bei der Einführung des Handfesten-Instituts in eine andere Stadt, wo man an die Präclusion und Mortification solcher Papiere, und an die daraus folgende Nothwendigkeit sorgfältigster Vigilanz bei deren Erwerbung, nicht so gewöhnt ist, als in Bremen, noch sehr viel leichter sein. Da nämlich die Einlieferung präcludirter Handfesten auf Grund eines Mortificationsproclams dem Inhaber nichts nützt, sondern nur Mühe macht, so unterbleibt sie in der Regel, und man kann daher solche werthlose Handfesten, deren frühere rechtmäßige Inhaber durch Zahlung befriedigt und die später wegen Verkaufs des Grundstücks, worüber sie ausgestellt worden, präcludirt und mortificirt sind, unter den alten Papieren Bremischer Notare zu Dutzenden finden.

Bis zu der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 gab es außer

---

[54]) Erbe- u. Hdf.-O. v. 1833 §. 131. — von 1860 §. 126.

[55]) Erbe- u. Hdf.-O. 1833 §. 125. — von 1860 §. 121. Nach dem Deputationsberichte (S. 117 sub c. und d.) war man schon früher in Bremen an solches Erlöschen der Handfesten und an die deshalb nothwendige Vigilanz gewohnt.

[56]) Worte des Deputationsberichts S. 117—118.

genauer und regelmäßiger Durchlesung aller Abkündigungen von Lassungen, öffentlichen Verkäufen und Handfesten=Willigungen überall kein Mittel, wodurch ein handfestarischer Gläubiger sich gegen Erlöschung der ihm verpfändeten Handfeste hätte schützen können. Durch dieses Gesetz ist ein solches Mittel eingeführt, die Eintragung.

„Die Eintragung der Handfesten geschieht in das zu diesem Zwecke „angelegte Buch mittelst Verzeichnung des verpfändeten Immobile, des „vollständigen Vor= und Zunamens, der Wohnung und des Gewerbes des „Gläubigers, des Betrages der Forderung, sowie der Größe und des „Ranges der Handfeste. Ueber diese Verzeichnung erhält der Berechtigte „vom Secretär eine Bescheinigung. [57])

„Wer die Eintragung einer Handfeste begehrt, muß sich dazu durch „deren Production legitimiren." [58])

„Die Eintragung hat auf die Gültigkeit des Handfestenrechts an sich „keinen Einfluß, ertheilt auch keinerlei Vorzugsrecht, sondern überhebt den „handfestarischen Gläubiger nur der Nothwendigkeit, seine Forderung bei „der Abkündigung des Immobile zum Professionsprotokolle anzugeben „und einer Veräußerung unter der Hand zu widersprechen.

„Die Eintragung gilt nur für die Person dessen, der dabei als In= „haber der Handfeste aufgeführt ist, so wie für die §. 14 sub a. b. c. e. f. h. „genannten Personen" (d. h. für Ehegatten, Kinder, den Stiefvater, den Anerben und den Gutsherrn). „Bei Erben, Cessionarien oder sonst „Berechtigten muß sie, um auf diese sich zu erstrecken, erneuert werden." [59])

Diese Beschränkungen der Wirksamkeit von Eintragungen liegen allerdings in der Natur der Sache, da die Eintragung nur den Zweck hat und haben kann, dem Erbe= und Handfesten=Amte die Personen zu

[57]) Wörtlich gleichlautend in §. 99 der alten, und §. 94 der neuen Ordnung. Die Bescheinigung wird übrigens nicht auf die Handfeste gesetzt, und involvirt daher kein Außer=Cours=Setzen. Man kann keiner Handfeste ansehen, ob sie eingetragen ist oder nicht.

[58]) So lautet §. 95 der neuen Ordnung, während §. 100 der Ordnung von 1833 außerdem noch besagt: „Wird diese Eintragung durch den Williger der Handfeste selbst „oder durch einen vom Williger bevollmächtigten hiesigen Notar begehrt, so bedarf es „dabei der Vorzeigung der Handfeste nicht." — Diese Worte entsprechen der noch jetzt factisch beobachteten Gewohnheit, wonach die Notare unmittelbar nach der Sitzung, worin sie Handfesten gewilligt haben, also noch vor deren Ausfertigung, auf die Kanzlei zu kommen und dort zu erklären pflegen: „Von den Handfesten, die ich so „eben für Herrn N. N. gewilligt habe, bitte ich zu notiren: Nr. 1 für des A. Vor= „münder, Nr. 2 für Wittwe B., Nr. 3 für Herrn C. u. s. f." — Die meisten Handfesten werden authentischer Mittheilung zufolge jetzt gleich nach ihrer Willigung in solcher Weise eingetragen.

[59]) Erbe= u. Hdf.=O. v. 1833 §§. 102—103. von 1860 §§. 97—98.

bezeichnen, welche im Falle einer Abkündigung des Grundstücks auch ohne Anmeldung ihrer Ansprüche zu dem das Grundstück betreffenden Terminen zu citiren sind.

Für den Verkehr mit Handfesten folgt hieraus, daß man Handfesten nicht gleich Staatspapieren mit der Wirkung versetzen kann, das Geschäft vor den Augen Dritter zu verbergen, weil Derjenige, dem eine Handfeste versetzt wird, sich gegen demnächstige Präclusion nur durch sofortige Eintragung der Handfeste auf seinen Namen sichern kann. Ob hierin auch ein Grund liegt, weshalb Handfesten nicht bei der Bremer Bank versetzt werden, mag dahin gestellt bleiben.

B. Das Mecklenburgische Hypothekenwesen.

§. 13. Geschichtliche Entwickelung.

Wer von der Voraussetzung ausgeht, daß das Mecklenburgische Hypothekenrecht wegen der Uebertragbarkeit seiner Hypothekenscheine unter allen Umständen besser sei, als die Lübeckische Uebertragung dinglicher Rechte durch Consens vor dem Stadtbuche, der könnte mit Rücksicht auf den Umstand, daß viele Mecklenburgische Städte früher mit Lübischem Rechte bewidmet wurden, auf den Gedanken gerathen, daß jene Mecklenburgische Einrichtung beweglicher Urkunden als eine mit Absicht und Bewußtsein unternommene Fortbildung des Lübischen Rechts anzusehen sei. Ein Blick auf die Geschichte zeigt indeß, daß die Sache einen ganz anderen Gang genommen hat.

Schon oben (im Texte zu Note 26) ward hervorgehoben, daß die romanistische Bildung der Juristen sie vielfach zu einer unrichtigen Auffassung des deutschen Sachenrechts geführt hat, indem den alten Formen, wenn man sie nicht abschaffte, ein von ihrer eigentlichen Bedeutung völlig verschiedener Sinn untergelegt ward. Bei der gerichtlichen Auflassung hielt man das nur den formellen Abschluß der Handlung bezeichnende Friedewirken des deutschen Richters für die Hauptsache, und fand darin eine gerichtliche Bestätigung von Contracten, deren Legalität und Zweckmäßigkeit vorher zu prüfen sei. [60]) Daß eine solche Auffassung des Geschäfts auch in Mecklenburg sich geltend gemacht und mit den Grundsätzen des Römischen Hypotheken-Rechts daselbst die Herrschaft erlangt hat, ist mehrfach nachgewiesen. [61]) Die Consequenz dieser Ansicht mußte

---

[60]) Vergl. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte 4. Ausg. Bd. III, S. 416. Bd. IV, S. 472—475.

[61]) Vergl. Eichhorn, l. c. Bd. IV, S. 475, Note b. in fine. — Beseler in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. X, S. 109—110.

dahin führen, nicht mehr, wie es nach altem deutschen Rechte und noch jetzt in den Hansestädten die Regel ist, die bloße Thatsache der Eigenthums-Uebertragung, Pfandbestellung oder Cession, sondern das einer solchen Handlung zum Grunde liegende, zwischen den Parteien abgeschlossene Rechtsgeschäft als den der richterlichen Prüfung und Constatirung unterworfenen Gegenstand zu betrachten, welches Rechtsgeschäft denn natürlich in einer die Grundlage der ganzen Verhandlung bildenden Urkunde niedergelegt werden mußte. Diese Urkunde erlangte dadurch in den Augen der Behörden und aller Betheiligten eine überwiegende Wichtigkeit, vor welcher die alten Stadtbücher in den Hintergrund traten. „In „dem 17. Jahrhundert", sagt Beseler (l. c. S. 110), „ist das römische „Hypothekensystem — — in Mecklenburg bereits durchgedrungen, und in „den meisten Städten das alte Stadtbuchwesen zerrüttet oder ganz unter„gegangen. Dadurch war aber der Realcredit in seinen Grundfesten er„schüttert worden; man sah sich nach einer legislativen Aushülfe um, „wodurch am Ende eine ganz neue Gesetzgebung hervorgerufen wurde."

Die erste Anregung zu solcher neuen Gesetzgebung erfolgte während der Verfassungskämpfe, welche die erste Hälfte des vorigen Jahrhunderts in Mecklenburg erfüllten und mit dem landesgrundgesetzlichen Erbvergleiche von 1755 ihren Abschluß fanden. Unter den mancherlei Wünschen und Beschwerden der Unterthanen, die während jenes Verfassungskampfes zur Sprache kamen, erscholl auch der Ruf nach Rückkehr zu den alten Stadtbüchern, und es ward deren Wiederaufrichtung in den §§. 371 und 372 des Erbvergleichs den Unterthanen als ein verfassungsmäßiges Recht zugesichert, welche Zusicherung aber erst nach mehreren Menschenaltern in dem gegenwärtigen Jahrhundert zur Ausführung gelangen konnte.[62])

Als Ursache solcher langen Dauer der Vorarbeiten erscheint nach der aus den Quellen geschöpften Darstellung Beseler's (S. 111, 113, 128) nicht sowohl ein von irgend einer Seite her versuchter principieller Widerstand, als vielmehr die in der Sache selbst liegende große Schwierigkeit, aus einem auf die unsichere Beweglichkeit des römischen Hypothekenrechts basirten Zustande den Uebergang zu der festen Sicherheit des deutschen Rechts zu bewerkstelligen. Dies ist in so weit, als es dem Umständen nach möglich war, durch die neueren Hypotheken-Ordnungen (von denen diejenige für die ritterschaftlichen Güter zuerst 1819 publicirt und 1848 revidirt, diejenige für die Städte zuerst 1829 publicirt und 1857 revidirt wurde), gelungen. Daß es so weit gelungen ist, hat den Mecklenburgischen

---

[62]) Ueber die neuere Geschichte des Mecklenburgischen Hypothekenwesens vergl. außer der angeführten Abhandlung von Beseler noch: von Kamptz, Handbuch des Mecklenb. Civilrechts S. 304—316. — Trotsche, Materialien des . . Civilprocesses. 2. Aufl. Bd. II, S. 261—283.

Realcredit im Verhältnisse zu solchen Nachbarländern (namentlich Hannover) in welchen man noch mehr auf Römischen Grundlagen sich bewegt, mit Recht bedeutend gehoben. Es finden sich aber in diesen neuen, vielfach wörtlich mit einander übereinstimmenden, Mecklenburgischen Hypotheken-Ordnungen noch Ueberbleibsel jenes früheren, unter der Herrschaft des Römischen Rechts ausgebildeten Zustandes. Gerade als solche Ueberbleibsel erscheinen die wesentlichsten Abweichungen des Mecklenburgischen von dem hiesigen Hypothekenrechte, auf welchen die größere Beweglichkeit Mecklenburgischer Pfandpöste beruht. Es dürfte daher für den Zweck des gegenwärtigen Berichts genügen und zu dessen Abkürzung beitragen, wenn die folgende Darstellung sich auf Hervorhebung solcher Punkte beschränkt, in welchen das jetzige Mecklenburgische Hypothekenrecht von dem hiesigen abweicht, und wenn sie dabei auch noch Dasjenige übergeht, was hier bisher von Niemandem für wünschenswerth gehalten ist.

§. 14. **Eigenthümliche Grundsätze des Mecklenburgischen Hypothekenrechts.**

1) Als Verlassung gilt die Eintragung des neuen Eigenthümers in das Stadtbuch. [63])

„Um den Betheiligten Veranlassung zu geben, ihre etwaigen Widerspruchsrechte in Bezug auf die zu ertheilende Verlassung gerichtlich, erforderlichen Falles durch Ausbringung von Inhibitorien, geltend zu machen, soll die Verlassung nicht anders geschehen, als wenn sie unter specieller Angabe des zu verlassenden Grundstücks, des abtretenden Besitzers und des neuen Erwerbers vier Wochen vorher mittelst Anschlages an die Rathstafel und entweder durch die Schwerinschen Anzeigen oder in einem Localblatte öffentlich verkündigt worden. Dergleichen Verkündigungen finden nur an dem ersten Dienstage jedes Monates statt." Rev. Stadtbuch-Ordnung §. 8, Nr. 1.)

2) „Jede Eintragung erfordert eine, das rechtliche Verhältniß der zu intabulirenden Belastung des Grundstücks angebende Urkunde."

„Ueber jede Eintragung ist ein Hypothekenschein auszufertigen, welchem die betreffende Urkunde anzuheften ist." [64])

3) „Der sich aus dem Buche ergebende Gläubiger, so wie derjenige,

---

[63]) Vergl. Rev. Stadtbuch-Ordnung von 1857 §. 5. — Nur für die Städte gilt nach diesem Gesetze der Eigenthums-Uebergang durch Verlassung, die auch hier nur als solcher vorkommt. — Nach der Rittersch.-Hyp.-Ordnung §. 9 ist zur Eintragung eines neuen Eigenthümers dessen vorherige Zulassung zur Ableistung des Lehns- oder Homagial-Eides durch die Lehnkammer erforderlich.

[64]) Vergl. Rittersch.-Hyp.-Ordnung §§. 12, 13. — Rev. Stadtbuchs-Ordnung §. 13, Nr. 1. §. 16, Nr. 1.

„welcher den Uebergang des Intabulats auf sich vollständig nachweist, „darf ein Proclam auf die Mortification des verlorenen Hypotheken„scheins ohne ein weiteres Erforderniß sofort ausbringen.“ [65])

4) „Das durch die Eintragung erworbene Recht ergreift nur das „Grundstück, auf welches dieselbe geschehen ist, — — — nicht die Person „des zeitigen Eigenthümers, und ist daher unabhängig von den in der „letzteren vorgehenden Veränderungen. — — Ein späterer Eigenthümer „ist als solcher für seine Person nicht verhaftet.“ [66])

5) „Der Cedent kann die Umschreibung nicht blos durch ein be„wirktes Inhibitorium, sondern auch dadurch hindern, daß er seine Ein„wendungen gegen den Rechtsbestand der Cession der Behörde anzeigt, „welche solche zu dem fraglichen Intabulat vorzumerken, auch dem „Cessionar, wie dem Eigenthümer, bekannt zu machen hat.“

„Derselbe muß jedoch binnen 30 Tagen, von der Zeit der ge„schehenen Anzeige an gerechnet, nachweisen, daß er seine Einwendungen „gerichtlich geltend gemacht habe, sonst wird die Vormerkung auf Antrag des Betheiligten sofort getilgt.“ [67])

Im Zusammenhange hiermit steht folge Bestimmung:

„Wider die Klage aus einem Hypothekenscheine ist — — die Ein„rede des nicht empfangenen Geldes zulässig, jedoch nur unter nach„stehender Beschränkung:

„Es muß der Schuldner seine Behauptung, daß das Capital nicht „gezahlt worden, innerhalb dreißig Tagen nach geschehener Intabulation „der Stadtbuchbehörde anzeigen, welche darüber eine Vormerkung im „Stadtbuche zu machen, solches dem Gläubiger zu notificiren und dar„über dem Schuldner eine Bescheinigung zu ertheilen hat. Binnen „dreißig Tagen, von der Zeit der geschehenen Anzeige an gerechnet, muß „der Schuldner nachweisen, daß er seine Einwendungen gerichtlich geltend „gemacht hat, sonst wird die Vormerkung auf Antrag des Gläubigers „sofort getilgt, und dadurch die Einrede gänzlich ausgeschlossen.“ [68])

6) „Das zuständige Gericht hat die Stadtbuchbehörde von der rechts„kräftigen Eröffnung eines General- oder Special-Concurses von Amtswegen

---

[65]) Vergl. Rittersch.-Hyp.-Ordnung §. 23. — Rev. Stadtbuchs-Ordn. §. 16, Nr. 3.

[66]) Vergl. Rittersch.-Hyp.-Ordnung §. 16. — Rev. Stadtbuchs-Ordnung §. 18, Nr. 1. §. 19 princ. und Nr. 3.

[67]) Vergl. Rittersch.-Hyp.-Ordnung §. 20. — Rev. Stadtbuchs-Ordnung §. 23.

[68]) Vergl. Rev. Stadtbuchs-Ordnung §. 30, Nr. 6 und §. 38, Nr. 1 in fine. — Nach der um 9 Jahre älteren Rittersch.-Hyp.-O. §. 27, Nr. 1 und §. 29, Nr. 6 ist die Einrede des nicht empfangenen Geldes dem dritten Besitzer des Hypothekenscheins gegenüber unstatthaft, dem ursprünglichen Gläubiger und dessen Erben gegenüber dagegen zulässig.

„in Kenntniß zu setzen. — — — Einem Special-Concurse gleich zu „achten ist ein Verkauf in vim executionis.

„Auf eine solche Anzeige sind die Folien der davon ergriffenen „Grundstücke zu schließen und demnächst nach geschehener Verlassung zu „neuen Eintragungen zu eröffnen."

„Die Intabulata der dritten Rubrik" (in welche laut §. 2. sub III. der Rev. Stadtbuch-Ordnung alle Forderungen gehören,) „erlöschen durch „die Schließung des Foliums und können durch die Agnition des neuen „Eigenthümers ihr früheres Recht nicht wieder erlangen.

— — — — — — — — — — — — — — —

„Die zu den Acten gekommenen Hypothekenscheine hat das Gericht, „sobald sie entbehrlich sind, zu cassiren. [69])

7) „Der Cessionar, welcher sich im Besitze des Hypothekenscheins „befindet, soll selbst ohne eine erfolgte Umschreibung gegen alle Ansprüche „Dritter gesichert sein, welche sich auf frühere Handlungen seines Cedenten, „namentlich auf anderweitige Cessionen desselben, begründen." [70])

C. Vergleichende Blicke auf die Verschiedenheiten des hiesigen Rechts von dem in Bremen und Mecklenburg geltenden.

§. 15. Umschreibung des Eigenthums.

Allen drei Rechten gemeinschaftlich ist die Regel, daß der Umschreibung des Eigenthums eine öffentliche Bekanntmachung vorhergehen muß, wodurch das Publikum von der bevorstehenden Eigenthumsveränderung in Kenntniß gesetzt wird, damit betheiligte Dritte Zeit haben, etwaige Widerspruchsrechte geltend zu machen. Bei uns ist dies die vorgängige Verlassung in der öffentlichen Audienz am ersten Donnerstage jedes Monats, nach welcher bereits am nächsten darauf folgenden Stadtbuchstage, d. h. am nächsten Dienstage, mit der Umschrift verfahren werden kann.

In Bremen und Mecklenburg dagegen ergehen zu demselben Zwecke Bekanntmachungen in öffentlichen Blättern, in Bremen 6 Wochen, in Mecklenburg 4 Wochen vorher.

Es ergiebt sich hieraus einerseits, daß man überall die Nothwendigkeit gefühlt hat, Veränderungen des Eigenthums an Grundstücken nicht mit der Schnelligkeit des Waarenhandels, sondern nur mit einer gewissen

---

[69]) Vergl. Rev. Stadtbuch-Ordnung §. 32. — Rittersch.-Hyp.-Ordnung §. 31.

[70]) Vergl. Rev. Stadtbuch-Ordnung §. 37, Nr. 5. — Rittersch.-Hyp.-Ordnung §. 26, Nr. 4 und dazu Tschierpe, Erörterungen S. 176—179 sub E. und F.

Bedachtsamkeit und Oeffentlichkeit vor sich gehen zu lassen, — und andererseits, daß bei uns die Veränderung am schnellsten erfolgen kann. Längere Fristen sind in Bremen und Mecklenburg freilich nothwendig, weil die Gesetzgebung beider Staaten in Betreff der Erwerbung des Eigenthums erst vor kaum einem Menschenalter den Uebergang von den Grundsätzen des Römischen zu denjenigen des Deutschen Rechts gemacht hat, folglich auf die Möglichkeit Rücksicht nehmen muß, daß noch manche nicht aus den Lassungen, resp. Hypothekenbüchern ersichtliche Rechte vorhanden sein können, die vor fester Begründung der Rechte eines neuen Eigenthümers gewahrt werden müssen, — zu welcher Rücksicht in Bremen noch die Nothwendigkeit kommt, innerhalb jener Frist alle nicht eingetragenen handfestarischen Forderungen bei Vermeidung der Präclusion anzumelden. Hier in Lübeck brauchen ähnliche Rücksichten auf dingliche Ansprüche Dritter nicht genommen zu werden, weil seit Jahrhunderten alle solche Ansprüche aus dem Oberen Stadtbuche ersichtlich sein mußten. Es ist daher hier auch kein Fall bekannt geworden, in welchem die Kürze der zwischen der Verlassung und der Umschrift liegenden Frist Jemanden in Schaden gebracht hätte, obgleich die Oeffentlichkeit der Verlassungen in der Audienz seit langer Zeit thatsächlich eine sehr beschränkte ist und einer größeren Ausdehnung durch Bekanntmachung im Amtsblatte wohl bedürfen könnte. Einen desfallsigen Antrag in den künftigen Gesetzentwurf aufzunehmen, behält das Obergericht sich vor.

§. 16. Stellung der Pfandgläubiger im Falle der Subhastation eines verpfändeten Grundstücks.

Bei den Vorschriften über das Verfahren bei der Subhastation von Grundstücken, auf denen Pfandpöste haften, hat jede Hypothekengesetzgebung nach der Natur der Sache stets die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß der aus der Versteigerung sich schließlich ergebende Kaufpreis ein geringerer sein könne, als die Summe der darauf eingeschriebenen Pfandgelder. Sie muß im Interesse der allgemeinen Sicherheit des Verkehrs mit Hypotheken ihre Vorschriften so einrichten, daß es dem durch den Kaufpreis nicht gedeckten Pfandgläubiger unmöglich sei, seine verlorene Forderung, welche er gegen das Grundstück nicht mehr geltend machen kann, einem Dritten als angeblich noch vorhanden zu verkaufen.

Lediglich als eine Consequenz dieses Grundsatzes in seiner Anwendung auf das System transportabler Hypotheken-Papiere ist die Uebereinstimmung der Gesetzgebungen von Bremen und Mecklenburg in einem Punkte zu erklären, worin sie von dem hiesigen Verfahren nach einer Richtung hin abweichen, welche für den Ertrag der zu versteigernden Grundstücke nicht vortheilhaft und daher auch für den gesammten Real-

Credit insoweit, als das Subhastationsverfahren auf denselben einwirkt, nicht förderlich sein kann.

Oben (§. 2) ward aus der Kritischen Vierteljahrsschrift eine Aeußerung mitgetheilt, wonach im Interesse des Realcredits gefordert wird, daß bei der Subhastation das Grundstück verkauft werde, wie es belastet ist, so daß die bei dem Verkaufe gedeckten Hypotheken ohne Weiteres mit dem Grundstücke auf den Käufer übergehen. Bekanntlich ist das gerade das hiesige Verfahren, dessen Beibehaltung so lange unbedenklich ist, als die Gesetzgebung dem Pfandgläubiger nur einen unveräußerlichen Auszug aus dem Hypothekenbuche in die Hände giebt. Wird der Posten bei der Subhastation, wozu jeder gefährdete Gläubiger speciell geladen werden muß, ganz oder theilweise verloren, so wird er in dem Hypothekenbuche ganz oder theilweise von Amtswegen getilgt, worunter kein Dritter leiden kann, weil nur vor dem Buche und auf Grundlage Dessen, was aus dem Buche zu ersehen ist, Cessionen von Pfandpösten möglich sind.

Wo dagegen solche Cessionen in jeder beliebigen Privatwohnung durch die bloße Uebertragung von Papieren möglich sind, da kann auch ein Pfandposten, welcher durch die Subhastation des verpfändetrn Grundstücks schon verloren ist, an einen mit diesem Umstande unbekannten Dritten noch veräußert werden, ohne daß, abgesehen von der immerhin schwierigen Nachweisung einer betrüglichen Absicht, auch nur civilrechtliche Verantwortlichkeit eintreten könnte, weil ja der Cessionar nur de veritate, nicht de bonitate haftet. Ist auch nur einmal in einer Reihe von Jahren durch einen solchen Verkauf Jemand in Schaden gekommen, so muß dadurch nothwendig der Hypothekenverkehr von einem Gefühle der Unsicherheit durchdrungen werden, welches vorsichtige Leute bestimmen wird, bei dem Ankaufe eines Pfandpostens die Zahlung immer erst nach erfolgter Umschrift zu leisten.

Daß solche aus den Gefahren transportabler Hypotheken-Papiere entnommene Erwägungen die Gesetzgebungen von Bremen nnd Mecklenburg bei ihren Vorschriften über Subhastationen geleitet haben, ergiebt sich für Bremen aus dem Deputationsberichte (S. 105. Zu §. 53—55.), für Mecklenburg aus den unten zu erwähnenden Aeußerungen des bei der Entwerfung der revidirten Hypotheken-Ordnung über Landgüter thätig gewesenen Commentators derselben. Daß dergleichen Vorschriften durch die Natur des Systems transportabler Hypotheken-Papiere geboten sind, scheint auch daraus gefolgert werden zu können, daß beide von der Grundlage beweglicher Hypotheken-Papiere ausgehende Gesetzgebungen, obgleich politisch und wissenschaftlich völlig unabhängig von einander, zu demselben, für den Realcredit keineswegs vortheilhaften Resultate gekommen sind. Beide Gesetzgebungen fordern behufs vollständiger Rei-

nigung des Grundstücks von allen Ansprüchen vor der Subhastation alle Hypotheken-Papiere zur Cassation ein, der etwanigen Verständigung des künftigen Käufers mit den Pfandgläubigern es überlassend, ob zwischen diesen ein neues Verhältniß zu Stande kommt. Es muß also jeder Pfandgläubiger darauf gefaßt sein, bei der Subhastation sein Capital entgegen zu nehmen, und es wird vielleicht Mancher wegen dessen anderweitiger Unterbringung schon bindende Verpflichtungen eingegangen sein, bevor die Person des neuen Käufers fest steht. Jeder Kaufliebhaber dagegen muß auf die baare Auszahlung des ganzen Kaufpreises gefaßt sein, was Manchen zurückschrecken wird und den Preis nothwendig drücken muß.

Wie aber, wenn einzelne Pfandgläubiger ihre Papiere nicht zur Cassation einreichen?

Eine solche Unterlassung kann verschiedene Gründe haben. Es können solche Gläubiger Cessionarien der eingetragenen Gläubiger sein, und wegen Versäumniß der Umschreibung dem Hypothekenbuchführer unbekannt geblieben sein, so daß sie nicht speciell citirt werden konnten, vielleicht von der Subhastation nichts erfahren haben. Sie können aber auch in der Voraussicht, doch aus dem Ertrage des Grundstücks nicht befriedigt zu werden, die Einreichung ihrer Papiere absichtlich unterlassen haben. Da man solchen Gläubigern gegenüber, die aus dem Erlöse des Grundstücks nichts erhalten, kein Zwangsmittel hat, so verfügt ein Rescript an die Schwerinschen Justizkanzleien: „hinsichtlich der gar nicht „zur Erhebung kommenden Forderungen ist, — sobald dies rechtskräftig „constatirt ist, jedesmal ein öffentliches Notificatorium durch die Landes-„Intellienzblätter zu erlassen, worin die nach Folien speciell anzugebenden „Hypothekenscheine (insoweit sie sich nicht bei den Akten befinden, mithin „gleichfalls cassirt werden können und müssen) für cassirt erklärt werden“ [71]). Der Commentator der ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung fügt der Mittheilung dieses Rescripts die Bemerkung hinzu: „Man hat zum Zweck „der Vermeidung eines Mißbrauchs von dergleichen Hypotheken-„scheinen eingreifendere Maßregeln zwar gewünscht, selbige aber „als unerreichbar aufgegeben.“ [72]) Dabei wird zugleich auf eine andere Stelle jenes Commentars (S. 180) hingewiesen, worin es heißt: „Das Anverlangen einer Umschreibung vor Zahlung der Valuta gewährt „endlich dem Erwerber eines Hypothekenscheins Sicherheit dagegen, daß

---

[71]) Siehe Tschierpe, S. 196. — Für die allgemeine Nothwendigkeit solcher Cassation erklärt sich auch: Trotsche (O.-A.-Rath in Rostock), Materialien zu einem Handbuche des Mecklenburgischen Civilprocesses Bd. II, S. 210.

[72]) Tschierpe, Erörterungen zur Mecklenb. rev. Hyp.-Ordn. über Landgüter S. 196.

„ihm kein solcher Schein in die Hand gesteckt werden kann, welcher be=„reits in Folge einer Mortification getilgt oder durch Concurs todt und „abgethan ist.“

§. 17. **Gefahren der Cession. Einrede des nicht empfangenen Geldes.**

Hier in Lübeck ist wohl noch Niemand auf den Gedanken gerathen, daß der Erwerber eines Pfandpostens andere Gefahren zu fürchten haben könne, als diejenigen, welche etwa aus dem unzureichenden Werthe des verpfändeten Grundstücks oder dem unzureichenden Vermögen seines Eigenthümers entspringen könnten. Andere Gefahren können hier regel=mäßig nicht eintreten, weil man hier nicht eher zu zahlen braucht, als bis man sicher ist, daß auch zugeschrieben werde. Wo dagegen auf einen bloßen Hypothekenschein ohne Umschrift bezahlt wird, giebt es manche Gefahren, die man hier im Hypothekenverkehr nicht kennt. Einige der=selben wurden schon am Schlusse des vorigen Paragraphen mit den Worten des Commentators der Mecklenburgischen Ritterschaftlichen Hypo=theken=Ordnung angedeutet. Die Aufzählung anderer Gefahren leitet der genannte Commentator (S. 176) mit den Worten ein: „Dagegen erlangt „der Cessionar durch die bloße Cession und die Aushändigung „des Hypothekenscheins niemals eine völlig zweifellose Sicherheit „dafür, daß sein Cedent der rechtmäßige Inhaber derselben ist, und zwar „selbst alsdann nicht, wenn derselbe sich durch ein Erbenzeugniß legitimirt „oder jener Schein wohl gar schon auf seinen Namen im Buche steht, „er mithin ein Umschreibungsattest zugleich mit aushändigt. So kann „z. B. gegen den Inhalt eines Erbenzeugnisses sich ein Rechtsstreit er=„heben; es können die Erbschaftsprätendenten eine Beschlagnahme des „Intabulats bewirken, welches von dem durch dasselbe Legitimirten cedirt „ist. So kann ferner, wer an den Cedenten des gegenwärtigen Cessio=„nars cedirt hat, ungeachtet der von Ersterem bewirkten Umschreibung „auf seinen Namen die Rechtsgültigkeit seiner Cession bestreiten und aus „diesem Grunde ein Inhibitorium gegen weitere Umschreibung be=„wirken u. s. w. — Gegen dergleichen etwaige Besorgnisse sichert den „Cessionar sogar keineswegs allein schon eine auf seinen Namen erfolgte „Umschreibung, im Gegentheil muß eine Umschreibung auf den „Namen seines Cedenten voraufgegangen sein. Denn es besagt „der §. 26, Nr. 5 nur: „„Durch jede Umschreibung einer intabulirten „„Forderung auf einen neuen Inhaber wird die Anfechtung des recht=„„lichen Bestandes der voraufgehenden Umschreibung von Seiten „„deren ausgeschlossen, welche dadurch auf irgend eine Weise verletzt „„sind;““ es ist mithin der Cessionar, auf welchen eine Umschreibung „erfolgt ist, zwar gegen eine Anfechtung aller und jeder früheren

„Umschreibungen vollständig gesichert, nicht aber gegen eine solche An„fechtung der letzten, auf ihn erfolgten. Wenn mithin das Intabulat „noch nicht auf den Namen seines Cedenten steht, so muß er darauf be„stehen, daß dasselbe zunächst auf jenen und demnächst erst auf ihn „umgeschrieben werde; dadurch, daß beides geschehen ist, wird eine Be„schlagnahme aus dem Grunde, daß sein Cedent nicht der rechte Mann „gewesen sei, unbedingt ausgeschlossen."

So weit für jetzt der halbofficielle Commentator der Mecklenburgischen Ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung. In Bremen würden die Cessionen handfestarischer Forderungen eben solchen Gefahren ausgesetzt sein, wenn nicht dort alle solche Geschäfte herkömmlich unter Vermittelung von Notaren abgeschlossen würden, welche durch die Rücksicht auf amtliche Pflicht und geschäftlichen Ruf genöthigt sind, die Legitimation der Contrahenten eben so genau zu prüfen, wie es vor dem hiesigen Oberen Stadtbuche geschieht.

Eben diese regelmäßige Vermittelung der Notare ist es auch allein, welche in Bremen die ursprünglichen Inhaber und die Cessionare handfestarischer Forderungen gegen eine Einrede sichert, die nach gemeinem Rechte den Schuldscheinen innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren, auch als Replik den Quittungen innerhalb eines Zeitraums von dreißig Tagen vom Tage ihrer Ausstellung an entgegen steht, — gegen die Einrede des nicht empfangenen Geldes. Die schon bei den Römern gebräuchliche, und auch bei uns noch im täglichen Leben übliche Gewohnheit, solche Urkunden vor empfangener Zahlung den Zahlpflichtigen zuzuschicken, in der Erwartung daß man dagegen umgehend das Geld erhalten werde, hat zur Sicherung gegen etwaige Treulosigkeit des Empfängers der Urkunde auf jenes Rechtsmittel geführt. Bei unseren Pfandpösten kann davon regelmäßig keine Rede sein, weil man dabei weder Schuldscheine noch Quittungen auszustellen pflegt, sondern mündlich vor dem Oberen Stadtbuche seinen Consens zur Eintragung oder Umschrift giebt und eben dort gleichzeitig das Geld empfängt. Halten die Contrahenten es im einzelnen Falle mit der Zahlung anders, so ist das ein besonderer Fall, den sie eventuell im ordentlichen Processe mit einander auszufechten haben, der aber einer Klage aus dem Extract des Oberen Stadtbuchs gegenüber nicht als Einrede in Betracht kommen kann, weil solcher Extract weder selbst ein Schuldschein ist, noch gleich den Bremischen Handfesten und den Mecklenburgischen Hypothekenscheinen nur als Anlage eines Schuldscheines oder einer sonstigen obligatorischen Urkunde eingeklagt werden kann. Haben aber dergleichen Hypothekenscheine den Charakter cessibler Schuldscheine, so können sie gleich anderen Schuldscheinen gegen Erwartung der Zahlung dem eventuellen Gläubiger

zugeschickt und ohne Leistung solcher Zahlung von dem Empfänger mißbraucht werden. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze führen also dahin, auch gegen die Klage aus solchen Scheinen die Einrede des nicht empfangenen Geldes zuzulassen. In Bremen hat der Deputationsbericht ausdrücklich bemerkt, daß sie nicht ausgeschlossen sein solle, und die dortigen Gesetze haben sie auch unter den gegen die Klage aus Handfesten ausgeschlossenen Einreden nicht aufgeführt[73]). Es ist nur die Wachsamkeit der dortigen Notare, welche bei dem durch sie vermittelten Verkehr mit Handfesten gegen diese Einrede schützt.

In Mecklenburg hat man, wie oben (§. 14. No. 5) gezeigt worden, diese Einrede auf die gemeinrechtlich für Quittungen statuirte Frist von 30 Tagen beschränkt und dem Schuldner überdies bei Verlust derselben vorgeschrieben, innerhalb dieser Frist einen behufigen Vermerk im Hypothekenbuche machen zu lassen. Beachtenswerth ist übrigens die in dieser Hinsicht bestehende Verschiedenheit zwischen der Hypotheken-Ordnung für Landgüter von 1848 und der Stadtbuch-Ordnung von 1857. Jene läßt die Einrede nur gegen den ursprünglichen Gläubiger und dessen Erben, diese auch gegen drittte Besitzer des Hypothekenscheins zu. Die Motive des jüngeren, für die Städte bestimmten Gesetzes zeigen, daß man sich dieser Abweichung von der ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung und der „allemal wünschenswerthen Uebereinstimmung mit derselben“ [74]) wohl bewußt war. Daß man dennoch in dem jüngeren Gesetze die Einrede in weiterem Umfange zugelassen hat, ist offenbar in dem für die Städte berechneten Charakter desselben begründet. Das Hypothekenbuch für jede Stadt ist in dieser Stadt selbst. Dieses Hypothekenbuch vor der Erwerbung eines auf ein Grundstück in dieser Stadt intabulirten Pfandpostens einzusehen, um sich zu überzeugen, ob der Posten unbedenklich gekauft werden kann, ist keine übertriebene Zumuthung für solchen Erwerber, da ihm nur das Grundstück haftet (siehe oben §. 14. No. 4), die Kenntniß eines städtischen Grundstücks aber ohne Wohnsitz oder wenigstens Bekanntschaft in derselben Stadt nicht wohl anzunehmen ist. Die ritterschaftlichen Hypothekenscheine dagegen sind ein Gegenstand des Verkehrs in weiteren Kreisen und es würde nicht, wie die Motive sich ausdrücken, „zur Erleichterung der Versur“ derselben gereichen, wenn ein Cessionar, um gegen die Einrede des nicht empfangenen Geldes gesichert zu sein, immer erst vorher das in Schwerin befindliche Hypothekenbuch des betreffenden Gutes einsehen müßte.

---

[73]) Vgl. Deputationsbericht S. 116 zu §. 115. i. f. — Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 §. 119. b. — von 1860 §. 115. b.

[74]) Vgl. Allerhöchstes Schwerinisches Rescript vom 8. November 1856 nebst Entwurf einer revidirten Stadtbuch-Ordnung. Gedruckt in Quarto. S. 34. Spalte 2. i. f.

§. 18. Persönliche Haftung des Eigenthümers.

Oben (§. 3) ward gezeigt, von welcher Bedeutung für die Sicherheit städtischer Pfandpöste es ist, daß jeder Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks auch persönlich für den Posten zu haften habe, und wie großes Gewicht die hiesige Bürgerschaft von jeher hierauf gelegt hat. Mit besonderer Sorgfalt und Rücksicht nach allen Seiten hin ist diese Haftung durch die Verordnung vom 25. März 1848 so geregelt, daß nicht nur die Grundeigenthümer davor bewahrt bleiben, auch nach Veräußerung ihrer Grundstücke für die darauf eingetragenen Schulden auf unübersehbare Zeit hinaus haften zu müssen, sondern auch den Pfandgläubigern Sicherheit gewährt ist, daß nicht ein Pfandschuldner, auf dessen persönliche Zahlungsfähigkeit sie überwiegendes Gewicht gelegt haben, sich durch Veräußerung des Grundstücks an einen Mann, dem sie weniger Zutrauen schenken, der Haftung entziehen könne. Durch die Zusendung neuer Nachweisungen erhalten die Pfandgläubiger Nachricht von dem Eintritt eines neuen Eigenthümers, über dessen Zahlungsfähigkeit Erkundigungen einzuziehen sie bis zu dem nächsten, für ihren Pfandposten normirenden, halbjährigen Kündigungs-Termine Zeit haben. Entschließen sie sich bis dahin nicht, den bisherigen Eigenthümer von seiner Verpflichtung zu entlassen, so können sie sich ihre Rechte gegen ihn noch in diesem Termine durch Kündigung sichern.

Daß ein solcher Grad von Sicherheit den Pfandgläubigern von den oben erwähnten Gesetzgebungen nach der Natur ihrer transportablen Papiere nicht gewährt wird, zeigt einerseits ein Blick auf die Mecklenburgische Gesetzgebung, welche die persönliche Haftung des Eigenthümers ausdrücklich ausschließt (siehe oben §. 14. No. 4), anderseits auf die Bremische Gesetzgebung. Diese sagt dasselbe freilich nicht ausdrücklich, aber mittelbar dadurch, daß sie bei jeder (nicht blos, wie die Mecklenburgische, bei der aus einer Zwangsversteigerung hervorgegangenen) Eigenthumsveränderung die Einlieferung und Cassation aller Handfesten anordnet. Freilich ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß Derjenige, welcher zuerst unter Verpfändung seines Grundstücks ein Kapital aufnimmt, für dasselbe auch persönlich haften zu wollen versprechen könnte. Es wird sogar ein solches Versprechen bei der ersten Aufnahme eines Darlehns faktisch die Regel sein, weil ja sowohl die Bremischen Handfesten, als die Mecklenburgischen Hypothekenscheine nur in Begleitung von persönlichen Verpflichtungsurkunden in die Hände der Gläubiger gelangen können. Von Wichtigkeit für die Förderung des städtischen Realcredits durch Hinzunahme des Personalcredits ist aber weniger eine solche, neben der Verpfändung übernommene persönliche Verpflichtung des ersten Con-

trahenten der Anleihe, als vielmehr die gesetzliche Anerkennung und Sicherung der Regel, daß jeder spätere Erwerber eines verpfändeten Grundstücks für die darauf eingetragenen Schulden auch persönlich zu haften habe. Soll aber solche Verpflichtung auch nach Veräußerung des Grundstücks auf immer fortdauern? Oder soll es dem Eigenthümer möglich sein, sich durch eine, vielleicht nur simulirte, Veräußerung des Grundstücks an einen unbemittelten Dritten seiner persönlichen Verpflichtung zum Nachtheil der Pfandgläubiger zu entschlagen? — Will man weder das Eine, noch das Andere, — will man zur Ausgleichung aller Interessen die Vorschriften der hiesigen Verordnung vom 25. März 1848 auf ein System transportabler Hypothekenscheine übertragen, so unternimmt man damit ein völlig neues, an keinen Vorgang anderer Gesetzgebungen sich anlehnendes, Experiment, wobei man entweder die Pfandgläubiger zu einer Vigilanz, an die sie bisher nicht gewöhnt waren, nöthigen und damit das bisherige Gefühl der Sicherheit bei ihnen erschüttern, oder die Gesetzgebung in Widersprüche verwickeln muß. Ersteres würde der Fall sein, wenn man etwa mit der Vorschrift einer öffentlichen Bekanntmachung aller Eigenthumsveränderungen im Amtsblatte die Bestimmung verbände, daß der Tag solcher Bekanntmachung den Pfandgläubigern gegenüber dieselbe rechtliche Bedeutung haben solle, welche nach der Verordnung vom 25. März 1848 dem Tage der Insinuation der neuen Nachweisung zukommt. Ein Widerspruch dagegen würde in dem Festhalten des bisherigen Geschäftsganges liegen, wonach jeder Pfandgläubiger durch die Hypothekenbehörde von der Eigenthumsveränderung speciell benachrichtigt wird, — wenn man andererseits bestimmt, daß alle Rechte und Sicherheiten der Pfandgläubiger ohne Umschrift im Hypothekenbuche durch bloße Cession des Hypothekenscheines übergehen können, daß also bloß auf den verkauften oder verpfändeten Hypothekenschein hin mit Sicherheit gezahlt werden kann. Wie kann der Hypothekenbuchführer einem Pfandgläubiger etwas insinuiren lassen, dessen Namen er aus dem Hypothekenbuche nicht kennt?

Will man sich über solchen Widerspruch mit dem Gedanken hinwegsetzen, daß ja jeder Cessionar eines Hypothekenscheins die Umschreibung auf seinen Namen beantragen könne, und daß er es sich selbst zuzuschreiben habe, wenn er durch die Unterlassung solcher Vorsichtsmaßregeln in Schaden gerathe, so vergißt man, daß zwischen der Cession und der Umschreibung schon Manches geschehen sein kann, wodurch das Interesse des Pfandgläubigers verletzt wird. Durch das Aussprechen solchen Gedankens würde man den Pfandgläubigern indirect sagen, was der Mitverfasser und Commentator des Mecklenburgischen Gesetzes ihnen direct gesagt hat: daß sie wohl thäten, nicht gegen bloße Cession und Aus-

lieferung des Hypothekenscheins, sondern erst nach Umschrift des Postens auf den Cedenten und den Cessionar im Hypothekenbuche Zahlung zu leisten.

D. Schlußbemerkungen.

§. 19. Legislatorische Voraussetzungen der Einführung eines Systems transportabler Obligationen in Lübeck.

1) Es ist oben (§. 11) erwähnt, daß man in Bremen vor Einführung der Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 es zur Vermeidung von Unordnung und Verwirrung im Geschäftsbetrieb als nothwendig anerkannte, nicht verschiedene Formen der Verpfändung den Parteien zur Auswahl zu überlassen, sondern nur eine und dieselbe Form als allgemeine Regel vorzuschreiben. Dieselben Gründe, welche als aus der Natur der Sache hervorgehend überall zutreffen, würden auch hier es unthunlich erscheinen lassen, etwa solchen Pfandgläubigern, welche die durch unser bisheriges Recht ihnen gewährte Sicherheit dem Besitze eines transportablen Hypothekenscheins vorzuziehen geneigt sein möchten, die Beibehaltung ihrer bisherigen Sicherheit zu gestatten, wenn man einmal die Einführung transportabler Hypothekenscheine beschlossen hat. Da nun aber nach dem Obigen (§§. 16, 17, 18) die Einführung solcher Scheine eine Verminderung der unseren Pfandgläubigern bisher gebotenen Sicherheit sein würde, und wohlerworbene Rechte von der Gesetzgebung respectirt werden müssen, so ergiebt sich

2) für den Fall der Einführung von Hypothekenscheinen die rechtliche Nothwendigkeit, eine Frist zu bestimmen, innerhalb deren die Pfandgläubiger, welche sich solche Verminderung ihrer Sicherheit nicht gefallen lassen wollen, noch unter dem Schutze ihres bisherigen Rechts ihr Geld aus den Grundstücken herausziehen können. Eine solche Frist würde auch als Uebergangszeit aus dem alten in das neue System den Hypothekenbeamten unentbehrlich sein, da diese unmöglich in kurzer Zeit neben ihren laufenden Geschäften die Umschreibung aller Pfandpöste in die Form der Hypothekenscheine vornehmen könnten. Eine Frist von etwa zwei Jahren dürfte lang genug sein, um allen hiesigen Pfandgläubigern die Kündigung ihrer Pöste und die Durchführung von Subhastationsprocessen nach Maßgabe des bisherigen Rechts möglich zu machen. Während solcher Frist würde den vorkommenden neuen Verpfändungen und Cessionen nur das Recht auf Hypothekenscheine zu gewähren, den alten Pfandgläubigern aber, welche sich mit diesem Rechte begnügen wollen, ein Hypothekenschein gratis auszufertigen sein. Nach Ablauf der

zwei Jahre würde allen alsdann noch zu altem Rechte eingeschriebenen Pfandgläubigern von Amts wegen ein Hypothekenschein zu übersenden sein, ohne dessen Beibringung sie fortan weder das Capital zu erheben noch Zinsen einzuklagen berechtigt sein würden.

§. 20. **Zusammenstellung der gewonnenen Resultate.**

Faßt man das Ergebniß der bisherigen Untersuchung in kurzen Sätzen zusammen, so zeigt sich Folgendes:

1) Unsere Stadtbuchs-Ordnung gewährt diejenige Sicherheit, welche in anderen Ländern bisher vergeblich erstrebt worden ist.

2) Der geäußerte Wunsch nach größerer Beweglichkeit des Hypothekenverkehrs entspringt nicht sowohl aus einem Mangel des Hypothekenrechts, als vielmehr daraus, daß die Menge der auf den Geldmarkt gebrachten Werthpapiere eine stärkere Nachfrage nach Capital erzeugt hat.

3) Diesem Zustande des Geldmarktes kann nur durch stärkeres Angebot von Capital abgeholfen werden, zu dessen Vorbereitung das aus der stärkeren Nachfrage nach Capital hervorgehende Steigen des Zinsfußes beizutragen geeignet ist.

4) Die Mobilisirung der Hypotheken kann solchem Zustande gegenüber nur die Bedeutung eines Palliativmittels haben, und auch dies nur insoweit, als sie den Hypotheken die (nicht blos örtliche) Concurrenz mit anderen Werthpapieren ermöglichen kann.

5) Die Möglichkeit einer Concurrenz übertragbarer Hypothekenscheine mit anderen Werthpapieren setzt voraus, daß jeder Kaufliebhaber an jedem beliebigen Orte aus dem Scheine selbst oder aus einem gedruckten Kataster die Sicherheit der Forderung muß beurtheilen können. Solche Concurrenz ist daher möglich für Hypotheken in größeren Landgütern, nicht aber für städtische Hypotheken auch bei dem höchsten für sie denkbaren Grade der Sicherheit und Beweglichkeit, weil der für städtische Hypotheken zugängliche Geldmarkt wegen der Natur des Pfandes, dessen Sicherheit nur am Orte selbst beurtheilt werden kann, örtlich enger begrenzt ist, als der für andere Werthpapiere zugängliche Geldmarkt.

6) Es steht daher dem Nachtheile, welcher aus dem Aufgeben des unserer Stadtbuchs-Ordnung zum Grunde liegenden Consens-Princips für die Sicherheit der Pfandgläubiger entstehen würde, ein aus der Mobilisirung der Hypotheken zu erwartender erheblicher Vortheil nicht gegenüber.

7) Unter Beibehaltung unseres Consens-Princips ist eine größere Mobilisirung der Pfandpöste möglich:

a) durch den Wegfall des bisherigen Erfordernisses vorheriger Verlassung der zu übertragenden Pfandpöste in der öffentlichen Audienz,

b) durch Gestattung der Zuschrift von Pfandpösten an den Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks.

8) Unter Voraussetzung dieser beiden Veränderungen kann unser Hypothekenverkehr derselben Vortheile theilhaftig werden, um derentwillen man in Bremen sich dafür entschieden hat, die hypothekarischen Obligationen abzuschaffen und nur die Handfesten beizubehalten, ohne doch im Falle der Festhaltung des hiesigen Consens-Princips zugleich den Gefahren ausgesetzt zu sein, welche die Natur der Handfesten mit sich bringt.

9) Daß diese Gefahren mit dem Wesen transportabler Hypotheken-Papiere zusammenhängen, ergiebt sich sowohl aus der Natur der Sache, als auch aus einer vergleichenden Betrachtung der Bremischen und Mecklenburgischen Hypothekengesetze mit unserer Stadtbuchs-Ordnung.

10) Die Vergleichung jener beiden Gesetzgebungen mit der hiesigen ergiebt,

a) daß in Bremen sowohl, als nach der Mecklenburgischen Stadtbuchs-Ordnung jeder Eigenthumsveränderung eine öffentliche Bekanntmachung vorhergehen muß, welcher die Umschrift erst folgen kann nach Ablauf einer Frist, die länger ist, als diejenige, welche hier zwischen der Verlassung und Unterschrift verstreichen muß,

b) daß bei Subhastationen durch das hier geltende Consens-Princip der Verkauf des Grundstücks mit allen darauf haftenden Pfandpösten rechtlich möglich ist, während in Bremen und Mecklenburg das dort geltende System transportabler Hypotheken-Papiere die Reinigung des Grundstücks von allen Ansprüchen erfordert, also jeden Kaufliebhaber nöthigt, sich auf die vollständige Auszahlung des ganzen Kaufpreises gefaßt zu machen, dadurch aber sowohl Weiterungen für die Pfandgläubiger herbeiführt, als auch den Kaufpreis drückt und dem Realcredit mittelbar schadet,

c) daß der Käufer oder Pfandnehmer eines transportablen Hypotheken-Papiers in Schaden gerathen kann

α) im Falle vorheriger Erlöschung des gekauften Papiers mittelst Präclusion,

β) im Falle mangelhafter Legitimation des Verkäufers,

γ) durch die Einrede des nicht empfangenen Geldes,

während von solchen Gefahren nach dem der hiesigen Stadtbuchs-Ordnung zum Grunde liegenden Consens-Principe nicht die Rede sein kann,

d) daß endlich die persönliche Haftung des Eigenthümers für die von einem früheren Eigenthümer contrahirten Pfandschulden, worauf

man hier stets viel Gewicht gelegt hat, den Gesetzgebungen von Bremen und Mecklenburg unbekannt ist, wie denn auch die Möglichkeit ihrer Festhaltung in einem Systeme transportabler Hypotheken-Papiere schwer erfindlich ist.

11) Da unser bisheriges Consens-Princip nicht neben der Einführung transportabler Hypotheken-Papiere festgehalten werden kann, in solcher Einführung aber eine Verminderung der den Pfandgläubigern gebotenen Sicherheit liegen würde, so ist diese rechtlich nur statthaft nach einer für die Kündigung aller jetzt belegten Pfandpöste und die Durchführung der aus diesen Kündigungen hervorgehenden Subhastationsprocessen genügenden Frist, während die Einführung der mit dem Consens-Princip vereinbarten Erleichterungen des Hypothekenverkehrs (vergl. oben Nr. 7 und 8, und §. 6 dieses Berichts) ohne Weiteres geschehen kann.

§. 21. Welcher Weg ist einzuschlagen.

Die aus der bisherigen Ausführung ersichtliche starke Divergenz der verschiedenen Wege, welche bei einer Umgestaltung des hiesigen Hypothekenwesens eingeschlagen werden könnten, veranlaßt das Obergericht zunächst eine Entscheidung über nachstehende principielle Fragen zu wünschen, da ohne solche vorherige Entscheidung, wie sich dies bereits bei den umfänglich gepflogenen Berathungen gezeigt hat, eine gedeihliche Fortsetzung derselben kaum möglich ist, jedenfalls aber nicht nur die Schwierigkeiten bei Aufstellung der vielfach ins Einzelne einschlagenden Vorschriften im höchsten Grade wachsen dürften, sondern auch die gewünschte Umgestaltung, wie beschränkt oder ausgedehnt sie immerhin sein möge, nothwendig sich verzögern müßte.

Demzufolge gestattet sich das Obergericht, um eine vorgängige höhere Entscheidung darüber zu ersuchen

1) ob das Consens-Princip beibehalten werden soll?

oder:

2) ob unter Wegfall des Consens-Princips
   a) transportable Hypothekenscheine eingeführt werden sollen? auch
   b) der Versuch gemacht werden soll, neben der Einführung transportabler Hypothekenscheine die persönliche Haftung des Eigenthümers für die von einem früheren Eigenthümer desselben Grundstücks contrahirten Pfandschulden festzuhalten?

Daneben wäre es auch wünschenswerth, schon jetzt darüber instruirt zu werden, ob auf ein Einverständniß damit zu rechnen wäre,

a) daß die sofortige Umschrift der Pfandpöste ohne vorherige Verlassung

und

b) die Zuschrift von Pfandpösten an den Eigenthümer

gestattet werde?

Je nachdem man für Bejahung der Fragen 1 oder 2 sich entscheidet, werden die weiteren Arbeiten eine verschiedene Richtung annehmen müssen; das Obergericht wird sich übrigens angelegen sein lassen, dieselben nach Kräften zu beschleunigen, damit thunlichst bald der Entwurf einer revidirten Hypotheken-Ordnung vorgelegt werden könne.

Lübeck, den 14. October 1865.

Das Obergericht.

Druck von Fr. Aug. Eupel in Sondershausen.